IL

CODICE DI COMMERCIO

DEL REGNO D'ITALIA

ILLUSTRATO

VOLUME I

IL

CODICE DI COMMERCIO

DEL REGNO D'ITALIA

ILLUSTRATO

COI LAVORI LEGISLATIVI

COLLA DOTTRINA E COLLA GIURISPRUDENZA

DA

EMANUELE OTTOLENGHI

AVVOCATO IN TORINO

MEMBRO DELLA COMMISSIONE PER LA REVISIONE
DEL PROGETTO PRELIMINARE

VOLUME I.

Articoli 1-58

TORINO
TIP. E LIT. CAMILLA E BERTOLERO
Via Ospedale, N. 18
1883.

A

PASQUALE STANISLAO MANCINI

GLORIA ITALIANA

OMAGGIO

DI ANTICO DISCEPOLO

AVVERTENZE

I. I lavori legislativi di pubblica ragione, che hanno preparato ed accompagnato il Codice di Commercio del Regno d'Italia, sono:

Per l'intiero Codice:

I processi verbali della Commissione istituita con Decreto Ministeriale 9 novembre 1869, con l'incarico di studiare le modificazioni da introdursi nel Codice di Commercio del Regno, la quale compilò il *Progetto preliminare* del nuovo Codice;

La Relazione od Esposizione di motivi del *Progetto definitivo* presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (MANCINI) nella tornata del 18 giugno 1877, che va però soltanto fino a tutto il titolo delle *Società ed Associazioni commerciali;*

La discussione seguìta al Senato nelle tornate 11 giugno 1880 e seg. (Atti Parlamentari — Senato del Regno — Sessione del 1880, pag. 62 e seg.), e la Relazione precedutavi della Commissione incaricata di riferirne al Senato medesimo (Relatore il Senatore T. CORSI) del 20 aprile 1880;

La Relazione del Ministro Guardasigilli (VILLA) alla Camera dei Deputati del 2 luglio 1880;

La discussione seguìta alla Camera dei Deputati nelle tornate 21 gennaio 1882 e seg. (Atti Parlamentari — Camera dei Deputati — Legislatura XIV, 1ª Sessione, pag. 8392 e seg.), e la Relazione della Commissione incaricata di riferirne alla stessa Camera (Relatori, prima il Deputato P. S. MANCINI e poi il Deputato E. PASQUALI) del 23 giugno 1881;

I processi verbali della Commissione di coordinamento nominata giusta l'art. 3 della Legge 2 aprile 1882, n. 681 (serie 3ª);

La Relazione con cui il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (ZANARDELLI) ha presentato a S. M. il testo definitivo del Codice.

E per il titolo *Delle Società ed Associazioni commerciali:*

Il Progetto con Memoria esplicativa del Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (GASPARE FINALI) del 25 ottobre 1874;

La Relazione al Senato del Regno del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (VIGLIANI) sul relativo Progetto di legge presentato nella tornata dell'8 dicembre 1874;

La discussione al Senato sul detto Progetto seguìta nelle tornate 27 aprile 1875 e seg. (Atti Parlamentari — Senato del Regno — Sessione del 1874-75, pag. 1325 e seg.), e la Relazione dell'Ufficio centrale del Senato sul Progetto stesso (Relatore il Senatore FEDELE LAMPERTICO) del 20 aprile 1875.

II. Nel riferire i detti Lavori legislativi sotto ciascuna suddivisione del Codice, si procederà per estratti nelle parti importanti, omettendo, per amor di brevità, quelli che costituirebbero ripetizione, non che quelli che siano già riassunti in altri, come si verifica nella Relazione Ministeriale presentata al Senato nel 18 giugno 1877, per molta parte dei lavori che l'hanno preceduta.

III. Le citazioni delle sentenze si faranno con le indicazioni del Magistrato che le ha proferite, della data e del nome delle parti, senza aggiungere quelle delle Raccolte, per risparmio di spazio, atteso il loro numero, e perchè le dette indicazioni bastano a trovarle nelle Raccolte medesime, coll'aiuto degl'indici cronologici o dei nomi delle parti.

PROEMIO

Fra i lavori legislativi preparatorii di questo Codice occupa il primo posto la splendida *Relazione* od *Esposizione di motivi*, che è a lamentare non abbia potuto essere portata oltre al titolo *Delle Società ed Associazioni commerciali*, con cui il Ministro Guardasigilli Mancini presentò al Senato del Regno il suo *Progetto definitivo*. che con poche modificazioni forma ora legge; e poichè nella sua Introduzione sono tracciati con mano maestra i concetti generali del diritto commerciale, i precedenti del novello Codice, le fasi per le quali è passata la sua formazione, e l'ordine delle sue materie, reputo nulla poter far di meglio che riportare qui a guisa di proemio la Introduzione medesima della Relazione Ministeriale.

Non vi ha parte del diritto, che così spesso richieda l' opera riformatrice del legislatore, come quella da cui sono regolati i rapporti che derivano dalle funzioni economiche della sociale convivenza, intese ad agevolare ed a diffondere il godimento de' beni, che nell'avanzarsi della civiltà accrescono prosperità e forza alle Nazioni.

L'ordinamento della famiglia e della proprietà, e i comuni vincoli giuridici che ad esse si riferiscono, hanno per loro natura maggiore stabilità di forme, perchè si reggono coi principii immutabili della giustizia universale, contemperati alle speciali condizioni del carattere, delle idee e delle tradizioni di ciascun popolo.

Ma il maraviglioso sviluppo della civile libertà, che è precipuo onore dell'età presente, e le feconde applicazioni delle scienze positive al maggior benessere umano, vanno ampliando le relazioni economiche tra le varie Nazioni con incessante progresso; e da ciò sorgono di continuo nuovi bisogni e nuovi mezzi di soddisfacimento, cresce l'umana attività, mutano gli usi, gli antichi istituti rivelano la loro insufficienza, e la coscienza universale sembra reclamare altri provvedimenti che rendano quegl'istituti meglio adatti alle grandi e maravigliose manifestazioni del genio moderno.

Deve adunque il legislatore rivolgere assiduamente al nobilissimo argomento la sua attenzione e le sue cure per ottenere che questo incremento di operosità nazionale non incontri resistenza ed ostacoli nel diritto positivo vigente, da cui è talora malagevole trarre norme sicure per la conveniente soluzione delle controversie che ne derivano. Ma lungi dal presumere di regolare e dirigere i progressi della vita commerciale, egli è costretto a seguirne prudentemente il movimento ed a mutare ed aggiungere alle leggi quello soltanto che sia richiesto da bisogni generalmente palesati, e da consuetudini spontaneamente introdotte e diffuse, ovvero dalle massime di giurisprudenza, che sogliono precorrere e preparare le riforme legislative.

La storia del diritto commerciale dimostra che tale fu appunto il processo, in virtù del quale, *rebus ipsis dictantibus et humana necessitate*, vennero a poco a poco formandosi, accanto alle leggi civili, quelle leggi speciali, che sono particolarmente intese a provvedere ai bisogni del traffico ed a disciplinarne gli instituti.

Fino dall'età di mezzo, allorquando la prevalenza degli interessi economici cominciava a rendere insufficienti per essi le disposizioni della legislazione comune, le Consuetudini commerciali andarono mano mano ordinandosi e raccogliendosi in separati Statuti, dai quali trae la sua origine quella parte del diritto, alla cui formazione tanto contribuirono i popoli Italiani coll'industria de' loro commercianti e colla dottrina de' loro giureconsulti; nè la storia del diritto moderno potrà dimenticare i monumenti com-

merciali di Amalfi e di Trani, di Firenze, di Pisa, di Venezia e di Genova.

Sarebbe qui fuor di luogo descrivere i parziali tentativi, che furono fatti in Italia ed altrove per giungere alla codificazione del Diritto Commerciale; ma vuolsi rammentare almeno quanto ad essa abbiano giovato, dietro la guida degli Statuti Italiani, e dei fecondi studi de' nostri giureconsulti ANSALDO, STRACCA, SCACCIA e CASAREGIS, le famose Ordinanze di Luigi XIV; nè a noi è lecito porre in oblio che in Napoli nello scorso secolo, per incarico del Governo, il dotto giurista MICHELE DE IORIO dava opera alla compilazione del Progetto di un Codice Marittimo. E quando il primo Napoleone vòlle anche di questa gloria ornato il suo nome immortale, da codesti elementi ebbe vita il Codice di Commercio promulgato in Francia colla Legge del 15 settembre 1807.

I benefizi della codificazione furono ben presto estesi a tutta l'Italia, dove le armi introdussero le nuove leggi; e può dirsi che la nostra politica unificazione trovasse quel Codice ancora quasi intieramente imperante nelle varie Provincie delle Penisola, allora divisa in più Stati, perchè assai lievi sono le modificazioni ad esso apportate nei Codici delle Due Sicilie (1819), del Ducato di Parma (1820), degli Stati Pontificii (1821), degli Stati Sardi (1842), degli Stati Estensi (1851), ed infine del Ducato di Modena (1851) (1).

La ricuperata unità della grande patria Italiana fece tosto avvertire la necessità dell'unità legislativa; e questa venne affrettata colla provvida Legge del 2 aprile 1865, nella quale io stesso feci la proposta (2), accolta dalla Camera dei Deputàti, che fosse introdotto un articolo per autorizzare il Governo a pubblicare in

(1) La Toscana mantenne sempre in vigore con poche e poco importanti modificazioni il Codice francese attivato in Italia nel 1808: nella Lombardia vigeva parimenti il Codice francese con modificazioni.

(2) Vedi Discorso del Deputato MANCINI nella Camera dei Deputati nella tornata del 15 febbraio 1865.

tutto il Regno anche il Codice di Commercio Albertino del 30 dicembre 1842, con le modificazioni derivanti dalla Legge Subalpina del 13 aprile 1853 sulle Lettere di cambio e sui Biglietti all'ordine, e dall'altra Legge degli 8 luglio 1854 sui Mediatori e Sensali, con l'aggiunta delle Leggi Napolitane intorno agli Ordini in Derrate.

Tutte queste leggi, siccome è noto, avevano nei due maggiori Stati d'Italia riparato in qualche parte alla sperimentata insufficienza del Codice Francese; ed a me parve evidente l'utilità di renderne i benefizi comuni a tutto il nuovo Regno, mentre l'uniformità della legislazione commerciale sembrava ancor più necessaria della civile, per la natura dei rapporti che dovevano esserne governati, e perchè essa avrebbe potentemente promosso il progresso economico del paese. Nè allora potevasi facilmente andare più oltre, imperocchè in quel tempo non sarebbero state accolte senza sospetto in Italia altre più radicali innovazioni; nè lo stato delle opinioni consentiva, che nei più gravi argomenti del diritto commerciale la legislazione italiana si accostasse alla legislazione tedesca, traendo profitto dai dotti studi di quei giureconsulti, ed accettando più specialmente il Diritto Cambiario della Germania, che era in vigore solamente nel Lombardo-Veneto.

Gravissimo era l'incarico imposto al Governo con l'intera Legge del 1865, sia per l'ampiezza della materia legislativa che doveva essere riveduta, sia per la moltiplicità e varietà delle quistioni che si dovevano risolvere, sia per la copia dei materiali esistenti, ed infine perchè l'urgenza della unificazione necessariamente ebbe a circoscrivere il compimento dell'opera entro un termine assai breve, in paragone della sua difficoltà ed importanza.

Nondimeno il fatto non tradì la fama del sapere italiano. Mercè l'assistenza e l'indefessa cooperazione delle migliori intelligenze del nostro paese, nel giro di poco più che due mesi il Governo adempì al mandato nobilissimo; e mentre i vari Codici, ad eccezione del Codice Penale, estendevansi a tutto il Regno, furono in molte parti migliorati e sapientemente emendati.

La Sotto-Commissione cui fu affidata la revisione del Codice

di Commercio, presieduta dall'illustre e compianto Senatore Caveri e composta di valorosi giureconsulti ed economisti, non si trattenne anch'essa dal rendere qua e là migliore e più rispondente ai tempi il Codice Albertino; ma per un lodevole scrupolo di diritto costituzionale, interpretò forse troppo restrittivamente il proprio mandato, di guisa che quelle leggi parvero rimanere tuttora insufficienti allo sviluppo che aveva ricevuto il commercio, e che ogni dì andava acquistando in Italia dopo gli stupendi rivolgimenti politici de' quali essa era stata il teatro.

Più tardi l'annessione della Venezia ed i conseguenti Trattati di Commercio con l'Impero Austriaco, l'apertura di un nuovo valico delle Alpi, le più estese relazioni commerciali con gli Stati dell'Europa centrale, le migliorate condizioni economiche del paese, ed i progressi legislativi raggiunti presso altre Nazioni, dovevano rendere, e resero più vivo il desiderio, reiterate volte manifestato nei Congressi delle rappresentanze commerciali e nelle stesse Camere legislative, che l'Italia fosse dotata di un nuovo Codice di Commercio, degno appieno delle sue gloriose tradizioni giuridiche e de' suoi rinnovati destini.

Perciò quando nel giugno 1869 venne in discussione nella Camera de' Deputati un progetto di legge per l'unificazione legislativa nelle Provincie Venete, in virtù del quale il Codice del 1865 volevasi estendere benanche a quelle popolazioni da ultimo restituite alla famiglia italiana, io stesso reputai mio dovere di farmi interprete della ragionevole repugnanza che le medesime provavano ad esser private di una legislazione commerciale meglio progredita della nostra, specialmente per ciò che riguardava il diritto cambiario, e ad accettare forme più rigorose e contrarie agli usi ed alla pratica delle loro commerciali contrattazioni. A me parve esser quello il tempo propizio per procedere sollecitamente alla riforma del nostro Codice, perchè un danno non sopportassero le nuove Provincie, ed un invocato beneficio ricevessero le antiche (1).

(1) Vedi Discorso del Deputato Mancini nella Camera dei Deputati, nella tornata del 16 giugno 1869. — Rendiconti Parlamentari, Sessione 1867-69, pag. 11149.

La mia proposta incontrò quasi generale favore; ma non potè essere adottata, perchè la sopraggiunta proroga della Sessione troncò improvvisamente ed interruppe quella discussione.

A raggiungere, almeno in parte, i fini ai quali mirava quella proposizione, il Ministro Guardasigilli (Pironti) che l'aveva accettata, istituì nel 9 settembre 1869 una Commissione incaricata « di studiare le modificazioni che potrebbero utilmente introdursi » nel Codice di Commercio del Regno ».

La Commissione, alla quale anch'io ebbi l'onore di appartenere, imprese alacremente i suoi lavori, e con lodovole zelo, dopo una coscienziosa discussione protratta per ben 162 lunghe tornate, riuscì a compilare un Progetto per la riforma del Codice di Commercio Italiano. Le proposte riforme e le singole disposizioni del Progetto trovansi ampiamente giustificate nei volumi che contengono i processi verbali e le relazioni di quegl'importanti lavori.

Ma nel chiudere le sue tornate la Commissione stessa riconobbe che il Progetto presentava tuttora non poche lacune, e richiedeva parziali miglioramenti intesi a rendere perfetta l'armonia fra l'intero lavoro sistematico del Codice, e le singole sue parti.

Essa volle perciò qualificarlo modestamente *Progetto preliminare*, e si riserbò di sottoporlo ad un novello esame, e di procedere alla compilazione di un *Progetto definitivo.*

Intanto, come la Commissione medesima ne aveva espresso desiderio, il suo lavoro fu dal Ministro Guardasigilli comunicato alle Camere di Commercio, alle Corti di Cassazione e di Appello, ed anche, in conseguenza di un mio eccitamento (1), alle Facoltà Giuridiche delle Università del Regno, richiedendo da ciascuno di tali consessi, osservazioni, pareri e proposte. E giudicando egli che la riforma presentasse carattere di maggiore urgenza quanto alle disposizioni sulle Società commerciali, sulle Cambiali e sui contratti di Commissione e di Trasporto, domandò che cominciassero

(1) Vedi Interrogazione del Deputato Mancini al Ministro Guardasigilli Vigliani nella tornata del 3 dicembre 1873 — Rendiconti parlamentari, Sessione 1873-74, pag. 271.

dal trasmettere al Ministero anzitutto le osservazioni intorno a cosiffatti argomenti.

Il Progetto fu quindi studiato ed esaminato dai più elevati Corpi Giudiziari, da alcune delle Facoltà Giuridiche e da quasi tutte le Camere di Commercio, e molti dei loro lavori riuscirono importanti e vennero pubblicati.

Più ampie e feconde discussioni sui principali argomenti del nuovo Codice ebbero luogo nei Congressi dei delegati di tutte le Camere di Commercio, che si adunarono in Firenze nel 1867, in Genova nel 1869, in Napoli nel 1871 e in Roma nel 1875, e le deliberazioni ed i voti, che ne furono il risultamento, ottennero altresì la pubblicità della stampa (1).

Anche il Ministero dei Lavori Pubblici e quello di Agricoltura e Commercio consacrarono profondi studi al miglioramento del Progetto, e ne comunicarono al Ministero di Grazia e Giustizia il frutto in parecchie importanti Memorie, specialmente sugli argomenti dei Trasporti ferroviarii ed ordinarii, delle Società commerciali, e sopra le più ardue questioni di diritto marittimo (2), e le loro comunicazioni richiamarono, com'era debito, la mia più diligente considerazione.

I materiali per tal modo raccolti furono assai abbondanti, e ad essi si aggiunsero molti pregevoli lavori critici, pubblicati da dotti giureconsulti ed economisti nazionali e stranieri, ai quali l'amore della scienza e del miglioramento sociale non fu stimolo minore di un dovere d'ufficio; e perciò anche ad essi è dovuta la pubblica riconoscenza, per aver contribuito al progressivo perfezionamento dell'opera della Commissione governativa.

L'opinione che la riforma di alcune parti del Codice di Commercio fosse di maggiore urgenza che quella delle altre, indusse l'on. Guardasigilli mio antecessore a far oggetto di una separata

(1) Atti del primo Congresso (Firenze 1867). — Atti del secondo Congresso (Genova, 1869). — Atti del terzo Congresso (Napoli, 1871). — Atti del quarto Congresso (Roma, 1875).

(2) Atti della Commissione incaricata di studiare ecc. — Parte quarta.

proposta legislativa la materia delle Società Commerciali. Perciò nella tornata del dì 8 dicembre 1874 dal Ministro di Grazia e e Giustizia (VIGLIANI) e da quello di Agricoltura e Commercio (FINALI) fu presentato a questo illustre Consesso (il Senato del Regno) un Progetto di Legge sulle Società ed Associazioni commerciali, insieme col Sunto delle osservazioni e proposte fatte intorno a codesto argomento dalla Magistratura e dalle Università degli studii (1).

Io non posso rammentare senza un sentimento di ammirazione e di riverenza, con quanto sapere quel Progetto sia stato splendidamente e ampiamente discusso da questa eminente Assemblea (2).

Il Progetto approvato dal Senato fu presentato nel 28 maggio alla Camera elettiva, la quale ne commise l'esame ad una Giunta parlamentare; ma sventuratamente il Progetto non potè essere recato alla pubblica discussione in quella Sessione legislativa; e dopo quasi un anno attendevasi ancora la Relazione della Giunta, allorchè dal voto del 18 marzo 1876 ebbe origine la presente Amministrazione.

Fin dal primo momento in cui ebbi l'onore di assumere la direzione del Ministero di Grazia e Giustizia, i miei pensieri ed i miei affetti più vivi furono rivolti all'adempimento del dovere di continuare efficacemente, e per quanto in me fosse di spingere al compimento, l'unificazione legislativa del Regno, in guisa che il monumento a tal uopo eretto non fosse giudicato indegno dei grandi nomi d'Italia e di Roma.

E come in altre parti della patria legislazione, così nel Codice di Commercio, le mie reiterate proposte parlamentari per promuoverne ed affrettarne l'unificazione ed il perfezionamento, il modesto tributo da me prestato ai lavori della Commissione istituita nel 1869, dalla quale uscì il Progetto preliminare, e tutti i miei

(1) Atti del Senato, Sessione 1873-74 — Documenti n. 3 *A*.

(2) La discussione ebbe luogo nelle tornate dal 27 aprile al 28 maggio 1875. — Rendiconti parlamentari 1875, pag. 1325 e seg.

precedenti sforzi e le sollecitudini adoperate pel miglioramento della nostra legislazione commerciale, mi imponevano l'obbligo di ricercare i mezzi più atti ad accelerare il conseguimento dell'importante scopo.

Con Decreto Ministeriale del 6 ottobre di quell'anno invitai altri egregi giureconsulti ad aggiungersi nella Commissione anzidetta a tutti quelli de' suoi membri precedenti, che avessero potuto perseverare nell'attendere ai suoi lavori, senza esserne loro malgrado distolti da altre cure. E divisa la Commissione medesima in varie Sotto-Commissioni, affidai a ciascuna di esse lo studio e l'esame di una parte de' già raccolti copiosi materiali.

. . . .

Alcuni censurarono l'ordine con cui le materie veggonsi distribuite nel Progetto, come poco conforme ad un sistema rigorosamente scientifico.

Vi ha chi bramerebbe che il Codice di Commercio si componesse di due soli Libri: il primo dei quali trattasse del *Commercio in generale*, e perciò delle *Persone*, delle *Cose* e delle *Azioni*; ed il secondo delle *Obbligazioni commerciali*.

Ma codesta distribuzione concentrerebbe quasi tutte le materie del Codice nel primo Libro, in modo da sopprimere ogni comoda divisione del lavoro. Inoltre non potrebbero più tenersi fra loro unite, ma dovrebbero collocarsi spezzate nei due Libri, le disposizioni regolatrici del *Commercio marittimo*, che finora costituirono in certa guisa un corpo completo di dottrina: molti altri argomenti dovrebbero parimenti dimezzarsi; ed infine non troverebbero acconcia sede in alcuno dei due Libri molte disposizioni formali, che per la loro indole meglio apparterrebbero al Codice di Procedura Civile; nè un esatto metodo legislativo sarebbe applicato, se allorchè le *fonti delle obbligazioni* formassero obbietto del Libro II, le condizioni per l'*esercizio dei diritti* che ne dipendono, e della loro estinzione col mezzo della *prescrizione*, dovessero trovarsi già regolate nel Libro precedente.

Altri, contenendosi in più angusto campo, si limitarono ad esprimere il desiderio che il Codice premettesse tutti i titoli che

riguardano le *Persone individuali e collettive* del diritto commerciale, e poscia provvedesse intorno alle *Obbligazioni* e *Contrattazioni* ed agli altri istituti mercantili. Ma non si è posto mente che, se nei primi titoli del Codice può tenersi parola delle persone dei *Commercianti* in generale e dei *Mediatori*, quasi tutte le altre personalità giuridiche del mondo commerciale debbono la loro esistenza ad un precedente contratto, e perciò lo presuppongono. Così le *Società commerciali* non possono aver vita, se non da una convenzione che associ gl'individui ad uno scopo di commercio; le persone dei *Commissionari* e dei *Vetturali* presuppongono i contratti di *Commissione* o di *Trasporto;* e quelle dell'*Armatore*, dell'*Esercitore* e del *Capitano*, sono la conseguenza di altri contratti marittimi. È dunque necessità logica far precedere le disposizioni che riguardano codeste specie diverse di contrattazioni: altrimenti le regole concernenti le persone non sarebbero intelligibili, o diverrebbero inevitabili non poche duplicazioni.

Non è forse possibile una distribuzione perfetta degli argomenti di un Codice di Commercio, ove si consideri che esso costituisce quasi una serie di norme regolatrici di un certo numero di materie speciali relative al commercio, e si sovrappone all'intero ed organico sistema del diritto civile.

Perciò, ben ponderate le obbiezioni, ho dovuto persuadermi, che a schivare più gravi inconvenienti, fosse prudente consiglio mantenere la distribuzione del Progetto preliminare, riunendo nel I Libro le regole intorno alle *persone*, alle *obbligazioni* ed alle *istituzioni commerciali*, sceverandone e raccogliendo nel II Libro tutte le disposizioni riguardanti il *commercio marittimo*, e nel III quelle sui *fallimenti*, e riserbando al Libro IV le poche norme formali intorno alle *azioni* ed ai *procedimenti* (1).

(1) Relazione succitata, da pag. 5 a 19.

LIBRO PRIMO

DEL COMMERCIO IN GENERALE

TITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

1. In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali.

In mancanza si applica il diritto civile.

2. Le borse di commercio, le fiere ed i mercati, i magazzini generali, i punti franchi e gli altri istituti che servono al commercio, sono governati da leggi speciali e da regolamenti.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Dell'ufficio e della influenza degli usi del commercio negli affari commerciali.
2. Dei conflitti tra gli usi generali del commercio e gli usi locali, o speciali alla materia dell'affare.
3. Della prova dell'uso commerciale.
4. Ragione dell'art. 2 del Codice.
5. Quali usi commerciali non possono prendersi in considerazione.
6. Ragione della frase *diritto civile* adoperata nell'art. 1°.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. Fra le controversie più importanti del diritto commerciale è quella intesa a determinare l'ufficio e l'influenza degli Usi e delle Consuetudini del commercio nella decisione delle liti commerciali. Nel silenzio del Codice di Commercio e delle leggi speciali mercatorie, debbesi ricorrere alle regole del diritto civile, quasi legge comune suppletiva, ovvero agli usi generali o locali, introdotti od osservati nel commercio? E qual'è l'ordine di preferenza pei giudicanti obbligatorio, tra le norme consuetudinarie ed i precetti del Codice Civile? Di più, nel conflitto tra le consuetudini *generali* del commercio, e quelle *locali* osservate in determinate piazze o paesi, ovvero *speciali* a determinate materie, quali dovranno prevalere?

Il Codice Francese nulla in proposito disponeva: anzi perchè esso riferivasi soltanto in certe peculiari materie agli usi del commercio, come nelle cambiali, nel contratto di società, ed in alcuni contratti marittimi, ed anche a causa di un Parere del Consiglio di Stato del 1811 (1), si accrebbero le dubbiezze nelle quali la dottrina e la giurisprudenza furono costrette ad avvolgersi.

Generalmente in Francia prevalse la massima, che le leggi civili costituissero il diritto comune anche nelle materie commerciali, e che le leggi commerciali fossero leggi di eccezione; ed il legislatore delle Due Sicilie del 1819 significò codesto concetto anche nel dar nome al Codice di Commercio di Leggi di Eccezione per gli affari di commercio.

(1) Il Consiglio di Stato francese con parere del 13 dicembre 1811 aveva dichiarato, che « i tribunali debbono giudicare le quistioni particolari che » si presentano secondo le convenzioni e secondo le disposizioni e lo spirito » del Codice di Commercio, e nel silenzio di questo, secondo il diritto comune » e gli usi del commercio ». — (Massé, Étude sur le Projet du Code de Commerce du Royaume d'Italie — Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, vol. VI, pag. 441).

Non mancò chi dottamente sostenne l'opinione contraria (1), quella cioè della separazione assoluta e della indipendenza del diritto commerciale dal diritto civile, per cui quest'ultimo non sarebbe applicabile ai negozi commerciali, se non in quanto le sue regole risultassero conformi all'equità ed ai bisogni del commercio. Ma una schiera d'illustri giureconsulti contraddisse a tale assunto in ciò che aveva di eccessivo (2).

Essi però si divisero nella quistione della precedenza del diritto civile e degli usi commerciali. Alcuni, specialmente il DUFOUR, anteposero il primo, mentre altri, a capo dei quali il TROPLONG, diedero la prevalenza agli usi ed alle consuetudini commerciali.

Quest'ultima è pure la tradizione della scuola italiana, avendo scritto l'ANSALDO, che l'uso dei commercianti « praevalere debet » dispositioni juris communi (3) »; ed il CASAREGIS che « stylus » vel consuetudo mercatorum semper praevalere debet juri com- » muni, etiamsi contrarium disponeret (4) ».

Ed è in vero conforme alla ragione ed alla migliore tutela degl'interessi del commercio (propter utilitatem), che dove il legislatore commerciale ha parlato, prescrivendo regole speciali e certe, ivi non possano trovar luogo le usanze consuetudinarie, sempre incerte e mutabili, invalse nella pratica commerciale; che per l'opposto, nel silenzio del Codice di Commercio, il fatto stesso dell'esistenza di usi e di consuetudini generali accettate ed osservate nelle relazioni commerciali, contrarie alle regole generali del diritto civile, o da esse diverse, abbia il significato che queste regole siansi riconosciute insufficienti o inadeguate alle

(1) DELAMARRE et LEPOITVIN, Traité de droit commercial, tom, 1, n. 22.

(2) TROPLONG nella Revue de législation et de jurisprudence, tom. XVI, an 1842; Du contrat de nantissement et de l'antichrèse, préface. — DUFOUR, Droit maritime, introd. — MASSÉ, Le droit commercial en rapport avec le droit des gens et le droit civil, tom. I, n. 81; tom. IV, n. 11 e seg. (1ª ediz.) — ALAUZET, Comm. du Code de Comm., Introduction, n. 7 a 10.

(3) ANSALDUS, De Commercio, Disc. gen., n.41.

(4) CASAREGIS, Disc. 16, n. 18; Disc. 144, n. 38; Disc. 187, n. 2 e 3.

particolari necessità ed ai bisogni del commercio, e perciò tali consuetudini, come meglio rispondenti all'interesse ed alla equità delle transazioni mercantili, debbano avere prevalenza sulle massime generali del diritto civile: e che solo in ultimo luogo debbasi all'applicazione di quelle massime ricorrere.

Così infatti disponeva l'art. 89 del Codice di Commercio Italiano del 1865. Ma quell'articolo risolveva la controversia unicamente per la materia dei *contratti commerciali*. Il nuovo Progetto con miglior consigliò trasporta il suo contenuto tra le *disposizioni generali*, che dominano e regolano l'intero Codice di Commercio, e le materie tutte in esso comprese. (Pag. 20 a 23).

2. Se non che a dileguare altri dubbi insorti sull'art. 89, il testo del nuovo Progetto risolve benanche l'altra non meno disputata controversia, se in caso di conflitto, meritino prevalenza gli usi *generali* del commercio, la cui autorità è più estesa e conosciuta, ovvero gli usi *locali*, o *speciali* alla materia dell'affare. E stabilisce che prevaler debbano gli usi e le consuetudini particolari al *luogo* o alla *materia*, sì perchè in tutto l'ordine giuridico le disposizioni suggerite da condizioni e da necessità speciali costituiscono una deroga alle regole generali, e queste si considerano come una norma generica e suppletiva della inesistenza di norme particolari; come altresì perchè il fatto stesso per cui siasi introdotta ed accolta in certi luoghi o per certe materie un'usanza speciale, e questa siasi costantemente osservata da coloro che esercitano il commercio, è già una prova della riconosciuta insufficienza delle usanze generali, ovvero della loro poca idoneità a soddisfare ai bisogni, che nei vari paesi si vanno svolgendo nella vita commerciale.

È ben inteso però, che dove la legge commerciale esplicitamente si riferisca agli *usi generali* del commercio, ivi per espressa volontà del legislatore debbono applicarsi gli stessi *usi generali* del commercio, con prevalenza sugli *usi locali*. Ciò avviene, ad esempio, nella materia delle contrattazioni tra assenti, i quali potrebbero appartenere a paesi ove dominano difformi consuetudini locali, che non possono presumersi reciprocamente conosciute (art. 36 del Codice).

Io reputo che dal complesso di queste disposizioni la giurisprudenza potrà desumere una guida sicura nella soluzione delle pratiche controversie. (Pag. 23).

3. Ben è vero, come anticamente esprimevasi su questo argomento la ROTA GENOVESE, che « Consuetudo est difficillimae probationis (Dec. 17, n. 1) »; ed anche recentemente il MASSÈ scriveva a tal proposito che « in questa materia la maggiore difficoltà consiste nel- » l'accertare in modo sicuro e giuridico l'esistenza dell'uso che » dev'essere applicato (1) ». Ma questa naturalmente è una indagine di fatto, che si può risolvere in caso di controversia, ammettendo come pruove dell'uso commerciale, il sistema solito ad osservarsi nei giudicati dei Tribunali commerciali, gli attestati delle Camere di Commercio, le testimonianze, e generalmente i mezzi di pruova ammessi nel diritto commerciale; nè mancano scrittori i quali avvisano potere gli stessi Tribunali di Commercio affermare nelle loro sentenze la notorietà di alcune consuetudini commerciali, anche quando dalla parte interessata se ne impugni l'esistenza.

In Francia, ove si ha la smania di assoggettare tutto a regolamenti, si pensò vincere queste difficoltà con una Legge del 13 giugno 1866. Ad essa si unì un quadro determinante gli usi del commercio da applicarsi in tutta l'estensione del territorio francese, compilato dietro diligenti inchieste delle Camere di Commercio e lo studio di apposita Commissione (2). E nella Relazione fatta al Corpo Legislativo dal Deputato PETIT a giustificazione di quella legge fu espresso il concetto del bisogno che sentivasi in Francia di una riforma degli usi del commercio, i quali variano nelle diverse piazze. Ma il TROPLONG aveva precedentemente giudicato codesto un tentativo impossibile; ed io aggiungo parermi, che il concetto informatore della legge Francese, quello cioè di riformare gli usi commerciali, sia ripugnante alla naturale essenza degli usi medesimi. Essi sono infatti la spontanea emanazione dei mutabili bi-

(1) MASSÉ, Ibid.

(2) Bulletin des Lois Françaises, n. 14282 — DALLOZ, Jurispr. gén., 1866, parte 4ª, pag. 67.

sogni del commercio, e non è certamente opportuno che questi vengano sottoposti al volere del legislatore, dove invece il legislatore è chiamato ad informarsi dell'uso ed a rispettarlo. Nè l'uniformità e l'immobilità degli usi commerciali presso una nazione, quando siano determinati in una legge, la cui osservanza è obbligatoria fino a che un'altra legge non venga a modificarla, potrebbero soddisfare ai veri interessi del commercio e dei commercianti, ed alle evoluzioni incessanti della vita industriale. Perciò mi astenni dall'imitare la legge Francese, e dal sostituire un sistema artificiale, e presto o tardi infedele, di determinazione degli usi commerciali osservati in Italia, ai mezzi ordinari di pruova posti a disposizione dei giudici commerciali. (Pag. 23 a 25).

4. L'art. 2 del Progetto non fa che riservare a speciali leggi e regolamenti la determinazione delle norme, secondo le quali debbano essere costituiti e garantiti gl'istituti che servono al commercio, ciò non appartenendo al diritto privato che forma l'oggetto del Codice di Commercio. Nè occorre giustificazione dell'aggiunta da me introdotta, per aver compreso nell'enumerazione dei principali tra quegli istituti anche i mercati per la loro cresciuta frequenza ed importanza, ed i punti franchi istituiti in Italia con legge di recente approvata dal Parlamento. (Pag. 25).

Commissione del 1869.

5. Essendosi promosso il dubbio che possano sorgere difficoltà dalla esistenza di molti usi che si mantengono in via di fatto e vengono tollerati, senza che vi si annetta alcun valore giuridico, talchè non possono considerarsi come l'espressione della coscienza giuridica popolare, la Commissione crede che non sia il caso di aggiungere nella legge l'indicazione di alcun requisito speciale, ritenendo che non possano mai prendersi in considerazione quegli usi che fossero contestati, e che non abbiano a loro appoggio la pacifica accettazione del ceto commerciale del luogo ove sono stabiliti. (Verb., n. 117).

6. Si è ritenuto che all'espressione — Codice Civile — che in una prima formola dell'art. 1 era stata proposta, dovesse sostituirsi quella — diritto civile — perchè nel Codice stesso non è certamente compreso *omne jus quo in civitate utimur*. (Verb., n. 115).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Opportunità dell'art. 1 e della sua collocazione.
2. Ragione dell'essersi data agli usi mercantili autorità di legge in materia commerciale.
3. Ragione dell' autorità mantenuta pure al diritto civile. Tradizioni dell'antica scuola italiana.
4. Perchè fra le tre fonti del diritto commerciale, dovesse darsi la preminenza alle leggi commerciali sugli usi mercantili, salva in certi casi la diversa volontà delle parti, ed agli usi mercantili sul diritto civile. Tradizioni pure della scuola italiana.
5. Misura in cui il diritto civile può essere chiamato a governare i rapporti commerciali.
6. Definizione dell'uso mercantile, e caratteri che deve avere.
7. Distinzione fra usi locali, speciali e generali.
8. Limiti dell'autorità degli usi mercantili.
9. Le private convenzioni possono derogare agli usi mercantili.
10. Prova dell'uso mercantile.
11. Cassazione di sentenze per violazione di usi mercantili.

1. L'art. 1 di questo Codice mantenendo il concetto dell'art. 89 del precedente Codice di Commercio Italiano, che nei contratti commerciali aveva elevato a precetto legislativo l'autorità degli usi particolari al commercio, ha opportunamente disposto che esso domini tutta la materia dei rapporti commerciali, invece di tenerlo ristretto ai soli contratti; e mantenendo anche la risoluzione che dall' articolo stesso già era stata data alla quistione dianzi agitata, se cioè le leggi civili dovessero,

o no, applicarsi come leggi suppletive del Codice di Commercio, ha pure opportunamente regolato legislativamente la preferenza da darsi alle tre fonti da cui traggono norma i rapporti commerciali, le quali sono le leggi commerciali, gli usi mercantili ed il diritto civile (1).

2. Doveva conservarsi agli usi mercantili autorità di legge regolatrice dei rapporti commerciali, perchè ciò è conforme alla natura delle cose.

Nascendo essi dai bisogni e dagl'interessi del commercio, quali sono rivelati dalla sua pratica quotidiana, non potrebbero trascurarsi senza danno gravissimo del commercio medesimo, mentre sarebbe poi impossibile di ridurli entro il quadro circoscritto ed invariabile della codificazione, molteplici e variabili come essi sono, secondo i luoghi, i tempi e le circostanze (2).

Ed invero la dottrina e la giurisprudenza ne hanno ognora riconosciuta l'autorità anche come principio di diritto delle genti, leggendosi per modo di esempio in una sentenza della Cancelleria della Legazione francese a Costantinopoli del 22 ottobre 1851, che « d'après la doctrine des juriconsultes, sanctionnée par les tribunaux, les us et coutumes des places de commerce doivent

(1) Su questi articoli, I, n. 1.

(2) Ciò però non esclude la possibilità, ed anche l'opportunità, che a cura delle Camere di Commercio del Regno siano compilate Raccolte di usi mercantili generali e locali, che dovrebbero essere di tempo in tempo rivedute e completate, e potrebbero rendere utili servigi come mezzo di prova, senza tuttavia escludere la prova contraria; e non mi sembra di dover modificare le idee che al riguardo ho espresse or sono molti anni in un articolo inserito negli Annali della Giurisprudenza Italiana, anno 1866-67, parte 3ª, pagine 69 e seg.

Mi conferma nelle idee medesime l'esempio della Camera di Commercio di Trieste, che ha pubblicato nel 1877 una Collezione degli usi di piazza, in cui furono raccolte, ordinate per materia, le consuetudini commerciali e marittime della piazza stessa; della quale Collezione fu dato un sommario nella monografia dell'avv. A. Padoa, col titolo Importanza giuridica degli usi di commercio (Giurisprudenza Italiana, 1877, parte 4ª, colonna 38 e seg.), in cui fu ripetuta l'espressione del desiderio che simili Raccolte siano pure compilate dalle nostre Camere di Commercio.

être respectés, et les violer serait hostilité et injure »; ed elementi principali del diritto commerciale furono sempre gli usi del commercio, onde fu giustamente qualificato diritto eminentemente consuetudinario, e di esso sopratutto si può dire con un chiarissimo interprete delle leggi Romane: « Quid lex? consuetudo scripta: quid consuetudo? lex non scripta (1) »; e furono principalmente Raccolte di usi mercantili le leggi commerciali più famose dei tempi in cui l'Italia fu maestra al mondo di diritto commerciale, ed ancor divisa in tante parti, poggiò pur sì alto per l'ardimento e la fortuna dei suoi commercianti, per la saviezza degli usi che essi crearono, e per la sapienza dei suoi giureconsulti.

Al quale proposito rammento con nazionale compiacenza che un distinto scrittore francese, nel capitolo della sua opera, dedicato alla ricerca delle fonti del diritto commerciale, prendendo ad epigrafe la invocazione *Italiam*, *Italiam ! ! !* del grande poeta Mantovano (Eneide, libro terzo, verso 523), scrisse che « si prénant notre législation sur ces matières ou celle de tout autre pays, on suit, en remontant, la chaîne et la migration des idées, de quelque point qu'on parte, toujours on arrive en Italie. A compter du douzième siécle, tout cela a successivement commencé à se produire en Italie; et quand on en voit l'exemple chez d'autres nations, c'est qu'un peuple Italien y en a apporté la pratique (2) ».

E ben a ragione il Ministro Guardasigilli, che ha dato il suo nome illustre all'attual Codice, nel raccomandarne l'adozione alla Camera dei Deputati ha parlato eloquentemente del « nostro passato, tutto di glorie e d' incontrastabile primato », perchè fra l'altro « nel medio evo, quando Genovesi, Pisani, Veneziani, Anconitani, Amalfitani, questi Rodii dell' età di mezzo, tenevano il campo dei commerci sul mare, e Fiorentini e Lombardi lo tenevano in terra, le nostre regole, colla *Tavola Amalfitana*, cogli *Ordinamenti* e *Consuetudini* di Trani, col *Capitulare Nauticum*

(1) Cujacio, Ad. leg. 6 Dig. De Legibus.

(2) Fremery, Etudes de Droit commercial, Cap. II, pag. 12.

di Venezia, coll'*Oficium Gazariae* dei Genovesi, col *Constitutum Usus* dei Pisani, collo stesso *Consolato del Mare*, sia essa opera nostra diretta o indiretta, secondo che tanto si è disputato, divennero norme e regole universali (1) ».

3. Doveva pur mantenersi il concorso delle leggi civili nel governo dei rapporti commerciali, perchè ciò è conforme alla ragione, non meno che alle tradizioni dell' antica scuola italiana. È noto che gli elementi primitivi del diritto sì civile che commerciale sono il vero giuridico assoluto, e l'utile sociale; e poichè il primo è di sua natura invariabile ed è sempre il medesimo, sia che si tratti della vita civile ordinaria, sia che si tratti della vita commerciale, tutte le regole del diritto civile le quali siano l' espressione di questo vero giuridico assoluto, e non siano il portato della particolare utilità che informa lo stesso diritto civile, diversa e talvolta opposta all'utilità da cui trae norma il diritto commerciale, sono e debbono essere cosa comune ad esso ed al diritto commerciale. Di più, è fatto incontrastabile che nella economia di tutte le moderne codificazioni essendosi dato molto maggior sviluppo alle leggi civili che alle leggi commerciali, quantunque negli ultimi Codici, ed in questo nostro fra essi, lo sviluppo sia stato maggiore dei Codici commerciali precedenti, si compresero nelle leggi civili e si omisero nelle commerciali non poche norme dettate dal vero giuridico assoluto, ed indipendenti da ragioni di utilità, per modo che, come disse il TROPLONG nella dotta sua prefazione al Trattato *del Pegno e dell'Anticresi*, esso è « le droit commun, la raison erigée en loi, l'equité appreciée par le législateur au point de vue le plus général »; e quindi è conforme alla ragione che anche per governare i rapporti commerciali si attingano al diritto civile siffatte norme, affine pure di non andare faticosamente cercando e per avventura arbitrariamente fissando nei casi particolari, regole le quali si

(1) Discorso del Guardasigilli ZANARDELLI alla Camera dei Deputati nella tornata del 30 gennaio 1882. — Atti Parlamentari, Cam. dei Dep., Legisl. XIV, pag. 8627.

trovino già dal legislatore formulate nel Codice Civile, col doppio inconveniente di lasciar aperto l'adito all'arbitrio, e di discostarsi dalla unità di legislazione, che vuolsi mantenere ogni qual volta la natura delle cose non lo vieti.

Il concorso delle leggi civili nel governo dei rapporti commerciali è pur conforme alle antiche tradizioni della scuola italiana.

Allorquando il TROPLONG imprese a combattere la innovazione che voleva introdursi nel campo della scienza da DELAMARRE e LEPOITVIN colla teorica della separazione assoluta del diritto commerciale dal diritto civile e l'autonoma sua indipendenza, per modo che le leggi civili non potessero avere autorità in materia di commercio, se non si provasse che esse fossero conformi all'equità ed all'interesse del commercio medesimo (1), invocò l'autorità dell'Anconitano STRACCA, ed oppose ai medesimi il testo dove quel giureconsulto insegna che: « Quod dicitur in curia mercatorum ex bono et aequo judicandum, intelligendum est ut juris apices, qui veritatem rei atque negotii non respiciunt, rejecti censeantur, non autem ut jus civile in mercatorum foro locum non habeat, quoniam adversaretur legi bona fides (2) »; ed anche l'altro testo del CASAREGIS, con cui i lodati scrittori si sforzarono di rispondere al TROPLONG, cioè che: « In materia commercii omnes juris regulae silere debent et non attenduntur, quando aequitas et bona fides aliud servare dictant, modo publici commercii bono non repugnet, sed faveat (3) », non è contrario, ma serve in sostanza a confermare la teoria secondo la quale le leggi civili debbono concorrere al governo delle cose commerciali, poichè quando si dice che le norme del diritto civile debbono tacere in materia commerciale nello special caso in cui l'equità e la buona fede esigano che si seguano altre norme, si dice pure implicitamente che in tutti gli altri casi le regole del diritto civile medesimo debbano avere autorità, perchè *exceptio firmat regulam.*

(1) V. la nota 2ª a pag. 15.
(2) De contractibus mercatorum, n. 20.
(3) De comm., Disc. 190, n. 13.

Si aggiunga, come nota il DUFOUR (1), che il CASAREGIS cita sempre nei suoi Discorsi e nelle sue Decisioni in materia commerciale il diritto romano come il *jus nostrum*, il *jus commune* (2), onde non può supporsi che con patente contraddizione egli volesse poi nell'altro suo Discorso succitato escludere dal governo delle cose commerciali il diritto comune. E si avverta pure (per ripetere le parole del lodato scrittore) che CASAREGIS scriveva nel XVII secolo. Il commercio aveva preso allora uno slancio gigantesco: da un estremo all'altro di Europa si era stabilita una vasta rete di affari che avevano trovato il modo di esprimersi con formole brevi, ingegnose, comode ed ancora poco conosciute dai giuristi. La legislazione intanto trovavasi in ritardo: essa non presentava che alcuni Statuti che si erano limitati a riconoscere questi novelli modi di procedere, senza seguirli nei particolari dell'applicazione; e si facevano quindi sforzi per piegare a questi nuovi bisogni il diritto romano che serviva allora di norma comune. Ma il diritto romano era talvolta il letto di Procuste per codeste combinazioni sconosciute agli antichi, e serviva sovente di rifugio all'astuzia dei litiganti, abile a trincerarsi dietro testi che la proteggessero. È allora che il giureconsulto si sdegna, ed invoca gl'interessi sacri della buona fede e del commercio, ed addita i pericoli da cui sono minacciati dal servile rispetto per regole divenute insufficienti, e per ragione di codesti pericoli impone silenzio allo stesso diritto: « Itaque cum indubium certumque sit (questo è il testo di CASAREGIS, di cui DELAMARRE e LEPOITVIN hanno citato soltanto il sommario) in materia commercii, quod ubi hujusmodi dari possunt inconvenientia, per quae acquitas seu bona fides a mercatoribus exularet vel turbaretur, vel in aliquo laederetur publicum commercium, debeant omnes juris regulae silere, et in earum locum altera contraria recipienda sit determinatio, qui mercatorum fidei et publici commercii bono non repugnet, sed faveat ». Ecco come CASAREGIS è condotto a

(1) Introduction au traité de Dr. marit., n. 26 e seg.
(2) Disc. 2, n. 2; 76 n. 15 ed altri.

sottrarre soltanto per eccezione gli affari commerciali alle leggi civili, che pure invoca sempre con tanto rispetto.

4. Quanto poi alla prevalenza delle tre diverse fonti del diritto commerciale, che sono le leggi commerciali, gli usi mercantili ed il diritto civile, ben a ragione fu regolata nel modo risultante dall'articolo 1°.

Le leggi commerciali le quali comprendono, oltre al Codice di Commercio, tutte quelle che riguardano il commercio medesimo e l'industria, come il Codice della marina mercantile, le leggi sulle privative industriali, sui marchi e segni di fabbrica, ecc., ed anche quelle disposizioni che sebbene scritte nel Codice Civile riguardano propriamente il commercio, dovevano avere preminenza sul diritto civile, perchè esse vennero formate precisamente per apportare al diritto comune le modificazioni e le eccezioni consigliate dai particolari bisogni delle transazioni commerciali; e dovevano pure avere preminenza sugli usi mercantili, sebbene non manchino scrittori che abbiano sostenuto il contrario, od abbiano espresso il desiderio che a ciò si venga (1); perchè un insieme di leggi sistematicamente codificate per un ordine speciale di idee e di relazioni, costituisce per ciò stesso il diritto comune della materia, come osserva il MASSÉ (2), e perchè dove il legislatore commerciale ha parlato, ed ha statuito norme appropriate alla particolare natura delle transazioni commerciali, non può consentirsi autorità preponderante agli usi, senza l'inconveniente gravissimo di mettere soventi tutto in controversia.

È il caso di applicare l'insegnamento del giureconsulto, che cioè: « De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet quod moribus et consuetudine inductum sit (L. 32 Dig., De legib.) » e non potrebbe in vece applicarsi l'altro insegnamento, che: « Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum

(1) DELAMARRE e LEPOITVIN, Traité de dr. comm., tom. 1. n. 19, e FREMERY, Etudes de dr. comm., Cap. II.

(2) Le dr. comm. dans ses rapports avec le dr. des gens et le dr. civ., n. 1441.

suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudine abrogentur (L. citata, § 1) », poichè oltre al non essere conforme agli attuali ordini legislativi il concetto della podestà popolare di fare le leggi, il quale informa l'or citata legge Romana, esso non potrebbe avere che una limitata influenza dove esistono Codici scritti, e dove avendosi appunto scritta, dichiarata, espressa la volontà della nazione, non si deve più indagare la sua volontà presunta; e conseguentemente l'uso mercantile non può derogare alle leggi speciali al commercio.

Questa massima del non potere l'uso mercantile derogare alle leggi speciali al commercio, deve intendersi nel senso che non possa farne cessare l'efficacia per la generalità dei casi, poichè nei casi speciali in vece, nei quali le parti lo abbiano voluto, l'uso mercantile deve prevalere anche alle leggi speciali al commercio, a condizione che si tratti di leggi che non abbiano carattere proibitivo e che non riguardino l'ordine pubblico ed il buon costume; e ciò perchè sarebbe la convenzione delle parti che adottando l'uso contrario alla legge, verrebbe a derogarla valendosi della facoltà che ne concede l'art. 12 delle Disposizioni sulle leggi in generale, quando appunto non si tratti di leggi proibitive o riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume. — La deroga però alla legge e la preferenza all'uso devono essere espresse, perchè la presunzione sta nel senso che le parti siansi riferite alla legge commerciale, anzichè alla consuetudine che vi sia contraria (1).

E colla riserva della dichiarata diversa volontà delle parti nel caso in cui essa possa derogare della legge, secondo le osservazioni superiormente fatte, mi sembra da seguire l'opinione di un illustre Magistrato, che cioè ogni sentenza la quale facesse prevalere l'uso mercantile alle leggi commerciali scritte, incorrerebbe nella censura delle Corti di cassazione (2).

Fra l'uso mercantile poi ed il diritto civile, la preminenza do-

(1) App. Venezia 13 febbraio 1877, Colognese c. Volpati.

(2) Pont, Societés civ. et comm., tom. 2, n. 807.

veva essere data a quello, perchè, come ben scrisse il TROPLONG (1), lo spirito del commercio, che si manifesta negli usi commerciali, non è sempre eguale a quello che informa il diritto civile.

È utile però a questo riguardo aver presente l'avvertenza di un chiaro scrittore (2), che cioè sebbene per ordine di autorità gli usi mercantili abbiano a prevalere sul diritto civile, questo principio non deve applicarsi ai casi in cui le leggi civili contengono disposizioni relative al commercio, come talvolta accade o per difetto di metodica legislativa o per altre cause, come nell'art. 1328 del Codice Civile, secondo cui i libri dei commercianti non fanno fede delle somministrazioni che vi sono registrate contro le persone non commercianti, ma possono autorizzare il giudice a deferire il giuramento d'ufficio all' una od all'altra parte; nell'art. 1329, secondo cui i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, ma quegli che vuol trarne vantaggio non può scinderne il contenuto in ciò che gli è contrario; nell' articolo 1831, che determina nel sei per cento all'anno l' interesse in materia commerciale, e nell'art. 2139, terzo capoverso, sempre del Codice Civile, che stabilisce prescriversi col decorso di un anno le azioni dei commercianti per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio. In questi ed altri simili casi l'uso mercantile non potrebbe prevalere alla legge, perchè si avrebbero disposizioni di leggi commerciali, e di esse pure dispone l'art. 1, sebbene trovinsi inserite nel Codice Civile.

In questo particolare la nostra legge, se si discosta dagl'insegnamenti di altri illustri scrittori stranieri e dalla giurisprudenza francese (3), ha seguito la giurisprudenza nostra (4), e le buone tradizioni dell'antica scuola italiana.

(1) Revue de législation, tom. XIV, pag. 70 e 71, e Prefazione al trattato Du nantissement et de l'antichrèse.

(2) VIDARI, nel Giornale delle leggi, 1871, pag. 75.

(3) DUFOUR, Introd. au traité du dr. marit., n. 31; MASSÉ, Le dr. comm., ecc., n. 82 e seg., n. 1441 e 1442; DEMOLOMBE, Des contr., tom. I, n. 29; Cassazione francese, 5 luglio 1820.

(4) Cassaz. Torino, 12 febbraio 1875, Ridolfi c. Corradi e Saporiti.

Gl'insegnamenti della nostra scuola antica furono bensì invocati dal Dufour per la contraria tesi, cioè per sostenere che la legge civile debba avere la preminenza sull'uso commerciale, ognora che si tratti di giudicare dell'essenza e della natura delle obbligazioni; ma a torto.

Egli crede che secondo la dottrina del Casaregis, laddove si trattasse di decidere sulla essenza o sulla natura delle obbligazioni, e di difficoltà le quali, nate in occasione di contratti commerciali, potessero rientrare nei termini del diritto comune, convenisse risolverle di preferenza mediante le regole di codesto diritto (Disc. 48, n. 17), perchè sarebbe ridicolo — è Casaregis che parla, soggiunge il Dufour — di trascurare dottrine ben coordinate, per seguire la pratica e l'apprezzamento dei commercianti (Disc. 67, n. 34 e 35). E la dottrina del Casaregis, dice ancora il Dufour, era quella dell'Ansaldo, della Rota di Firenze, o per meglio dire, poichè era fondata sulla natura delle cose, era quella del mondo intiero: « in omnibus mundi partibus (Discorso 67, n. 36) ».

Il chiaro scrittore però è caduto in equivoco, ed ha meno esattamente intesa ed esposta la teoria del Casaregis, e conseguentemente quella dell'Ansaldo, della Rota Fiorentina e dell'antica scuola italiana nella quistione di cui si tratta.

Difatti lo stesso Casaregis in molti suoi testi professa assoluta la dottrina che in materia commerciale l'uso particolare al commercio deve prevalere al diritto civile o comune, e ciò anche in casi in cui si trattava di statuire sovra difficoltà le quali, nate all'occasione di transazioni commerciali, potevano rientrare nei termini del diritto comune, ed in cui si trattava di decidere intorno alla essenza ed alla natura giuridica di obbligazioni.

Così nella specie a cui si riferisce il Discorso 176, trattavasi di una difficoltà che poteva certamente rientrare nei termini del diritto comune, perchè era quistione di compensazione fra crediti e debiti che figuravano rispettivamente a vantaggio ed a carico di due commercianti, nella circostanza che il credito che figurava a vantaggio di uno di essi apparteneva in realtà ad un suo corrispondente; e Casaregis ammette la compensazione che secondo

il diritto comune non sarebbe stata ammissibile, e cita una decisione della Rota da cui una simile compensazione era stata consentita, cioè una compensazione « alias de jure denegabilis », come egli scrive, e ne dà per motivo che « stylus eorum (dei commercianti) vel consuetudo, semper praevalere debet juri communi » (1). — Così nella specie a cui si riferisce il Discorso 144, discutevasi per quali obbligazioni ed in quali circostanze i soci siano tenuti in solido verso i terzi, ed il CASAREGIS decide la quistione seguendo l'uso commerciale, « praevalente stylo praedicto ipsi juri comuni, etiam si contrarium disponeret (2) ». — Così essendosi presentata al CASAREGIS la quistione, se il proprietario della cosa che lui insciente sia stata data a taluno in pegno, avesse diritto di essere preferito al pignoratario di buona fede. la qual quistione si decideva sotto il diritto romano contro il pignoratario ed a favore del proprietario (3), a differenza del diritto moderno, nel quale si decide a favore del pignoratario per l'influenza della regola che in fatto di mobili il possesso val titolo, lo stesso CASAREGIS scrive che: « Quamvis admittebam quod regulariter competat domino rei pignoratae actio rei vindicationis contra pignoratarium..... Attamen respondebam haec nullatenus procedere inter mercatores, quia de eorum universali stylo aut consuetudine contrarium servatur, et sic cum juri communi iste precipuus stylus, seu mercatorum mos praevalere debeat, ideo cessant omnes juris regulae, quae desuper in contrarium allegantur, vel allegari possunt (4) ». — Così sulla questione, se in materia commerciale un procuratore possa fare un contratto o cambio con sè medesimo per conto del mandante o committente, contro la obbiezione fattasi, che cioè fosse necessario per la legalità e regolarità della operazione che il procuratore avesse la relativa facoltà speciale, il CASAREGIS insegna che « non procede l' obbiezione,

(1) Disc. 76, n. 16.
(2) Disc. 144, n. 38.
(3) L. 8, Cod. Si aliena res pignor.
(4) Disc. 187, n. 2 e 3.

atteso l'uso e costume universalissimo dei mercadanti in contrario, li quali sogliono fare in sè stessi le contazioni per li cambi e ricambi, e particolarmente per li ritorni... Quale stile e costume universale deve essere dal giudice come una legge inviolabile tra mercadanti osservata, quantunque fosse al gius comune contrario (1) ». — Così infine lo stesso CASAREGIS accennando alla consuetudine esistente in alcune piazze di commercio « di pagare a quello che porta ed ha in mano il recapito », insegnava che molto più sarebbe scusato lo scrivente se avesse pagato al girante in una piazza dove fosse detto uso, poichè « qualunque uso o stile dei mercanti deve prevalere al gius comune (2) ».

In codesti non pochi testi pertanto, ai quali altri potrebbero aggiungersi, il CASAREGIS, questo giureconsulto del quale si diceva *Vir in jure totus oculeus*, e che riassume e sorpassa i suoi predecessori STRACCA, ROCCO e TARGA fra i più illustri (3), questo oracolo del diritto commerciale, come lo appella il TROPLONG (4), professa chiaramente la dottrina della preminenza dell'uso commerciale al diritto comune in materia di commercio.

L'equivoco poi in cui è caduto DUFOUR, attribuendogli una dottrina diversa, è derivato dal non aver badato che il CASAREGIS nei Discorsi da lui citati non mette già in antitesi gli *usi commerciali* colle *regole del diritto comune*, ma bensì i *pareri dei commercianti*, ai quali i magistrati a' suoi tempi ed anche più tardi solevano ricorrere nelle cause mercantili, colle *dottrine degli interpreti del diritto comune.*

Difatti nel Disc. 56, citato pel primo dal DUFOUR e nel quale il CASAREGIS scrive « vedersi sovente che i tribunali più celebri del foro civile nelle materie commerciali sogliono esplorare il loro sentimento (dei commercianti), e secondo quello regolare le loro decisioni », egli insegna doversi bensì ricorrere a siffatti *pareri*

(1) Disc. 198, n. 51 e 52.

(2) Il Cambista istruito, Cap. V, n. 26 e 27.

(3) DUFOUR, loco cit., n. 24 e nota 5ª; Scritti premessi all'edizione delle opere del CASAREGIS del 1740, tre anni cioè dopo la sua morte.

(4) Traité du gage, n. 78.

dei commercianti « per intendere la forza ed il vero senso dei loro conti, scritture e carteggi », ma che « il decidere poi quello che riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni che dipendono solamente da articoli legali, deve essere solo provincia dei più esperti e prudenti professori (1) ». In altro luogo in cui si rammenta la regola, non potersi deferire ai commercianti quando si trattasse di articoli di diritto, era pur quistione di « parere dato da una lunga schiera di principali mercadanti (2) », e nel Disc. 48, n. 17, pur citato dal DUFOUR, non si parla del pari di usi commerciali che siansi fatti piegare dinanzi alle regole del diritto civile, ma è semplicemente un parere di commercianti dalla Rota consultati (*Judicium mercatorum a Rota pro instructione animi adscitum*), che la Rota medesima, approvata dal CASAREGIS, ha creduto di non dover seguire, e ciò perchè « minime attendendum est in exquirenda quidditate contractus quod ipsi (i commercianti) materialiter gerunt, et in eis quae trahunt secum juris articulos per terminos et regulas juris decidendos, quos certe attingere sua grossitie non valent » ; e queste considerazioni (le quali del resto sono ingiuste a riguardo di molti commercianti), non toccano tampoco, come si vede, la quistione della prevalenza che debba darsi alla legge civile od all'uso commerciale nei casi di loro diversità.

Tale quistione non mi pare del pari risolta dal CASAREGIS nel Disc. 67, n. 34 e 35, citato in ultimo dal DUFOUR.

Si trattava del punto di diritto, se l'andata ed il ritorno della nave dovesse considerarsi come un viaggio solo, ovvero come due viaggi, e dopo di aver sostenuta la prima tesi, il CASAREGIS così scrisse: « Minusque obstat fides mercatorum producta attestantium de consuetudine itum et reditum navis pro duobus viaggis considerari, quia eorum opinio vel stylus minime curandus in iis est, quae secum trahunt juris articulos, ab eorum quippe grossitie non attinguedos; et ridiculum sane esset ubi habemus doctrinas

(1) Disc. 56, n. 1 e 4.
(2) Disc. 59, n. 52 e 54.

ac materias in jure bene digestas, eorum judicium investigare ». Come si vede, nemmeno qui si trovavano di fronte ed in conflitto una regola di diritto comune ed un uso mercantile: si trattava di una quistione di diritto e del modo di risolverla, ed il giureconsulto ricusa di deferire all'attestazione che era stata in causa prodotta di alcuni commercianti intorno alla maniera con cui quella questione si solesse risolvere dai commercianti medesimi, dicendo in sostanza che le quistioni di diritto vanno risolte dai giureconsulti.

E che questo fosse il concetto del CASAREGIS, risulta pure confermato dalle autorità che egli cita. Esse sono quelle del CAFFARO (In specul. quaest. peregrin. quest. 41, n. 18) e dell' ANSALDO (Disc. 72. n. 24 e seg.). Ora quest'ultimo, riportando le parole del primo, scrive bensì che se « eorum (dei commercianti), voto et stylo (1) deferendum est », questo però debba farsi « sano modo, ne sutor ultra crepidam, quando scilicet articulus de quo disputatur secum non trahit juris articulos abstrusos per terminos et regulas juris decidendos, quod mercatores attingere sua grossitie non valent; et ridiculum sane esset, ubi habemus in ipsismet terminis decisiones doctissime digestas a primis tribunalibus Italiae (multoque igitur fortius ubi adsunt textos, ut supra litterales, aggiunge l'ANSALDO) investigare judicium empyricorum. Et quod attestatio mercatorum (aggiunge ancora l'ANSALDO) nihil nefragetur in iis quae concernunt juris articulum, dixit saepissime Rota »; ma in altro luogo (2) lo stesso ANSALDO scrive pure: « Solet etiam inter privilegia mercaturae recenseri quod eorum (dei commercianti) stylo stare oporteat, ita ut hic praevalere debeat dispositioni juris comunis ».

(1) Si avverta pure che la parola *Stylus* era adoperata dai giureconsulti a significare non solo uso, ma anche *suffragio* o *voto*, come insegna il dottissimo VALLAURI (Dizionario latino-italiano, V. *Stylus*), che rammenta essere stata adoperata appunto in tale senso da L. APULEJUS, che qualifica oratore, giureconsulto e filosofo di Madaura, città di Africa, e ci dice aver fiorito ai tempi di Antonino Pio ed essere stato perito nelle lettere latine e greche, sebbene *ejus dictio durior est, et licentior in detorquendis vocabulis*.

(2) Discursis generalis, n. 41.

Onde si vede che l'ANSALDO, pur riservando ai giureconsulti e sottraendo ai commercianti la risoluzione delle quistioni di diritto, ammetteva che nel conflitto fra le disposizioni del diritto comune e l'uso commerciale, quest'ultimo doveva prevalere.

Anche lo STRACCA professa questa dottrina là dove scrive: « Cum casus mercantilis proponitur, in eo attendi et servari debet stylus mercatorum et consuetudo, quidquid alias secundum juris subtilitatem disponatur (1) »; e non mi sembra a ciò contrario l'altro passo di questo scrittore che da un illustre francese si cita in tal senso (2), che cioè: « nauticam consuetudinem praecipue spectandam esse, dummodo legi non adversetur, hoc est lege non reprobetur (3) », perchè qui la quistione cambia: non è più quistione di preminenza fra l'uso mercantile ed il diritto civile e quindi di sola diversità, ma è quistione di proibizione, cioè di uso proibito da una legge, nel qual caso anche oggidì non potrebbe darsi autorità all'uso, anche per la regola scritta nell'art. 12 delle Disposizioni sulle leggi in generale, secondo cui le private disposizioni e convenzioni (e gli usi mercantili hanno con esse molta analogia) non possono derogare alle leggi proibitive del regno; salvo però quando si trattasse di una disposizione di diritto civile che s'informasse alla speciale *utilità* del diritto medesimo (4).

E la stessa risposta può pur farsi al lodato scrittore, quando in un altro luogo della celebrata sua opera (5) crede di trovare in contraddizione il ROCCO che scrisse nel secolo XVII, e così un secolo circa dopo lo STRACCA, perchè in talun luogo delle sue opere abbia professato che l'uso mercantile debba essere osservato « etiam contra juris dispositionem (6) », ed in altri luoghi abbia insegnato che non debba essere osservato se non « dummodo a lege

(1) De assecurat., Cap. 38, n. 4.
(2) MASSÉ, Le droit comm., etc., n. 1442.
(3) De navigat., n. 24.
(4) V. numero seguente.
(5) Tom. I, n. 83.
(6) Responsa legalia, centur. 1, resp. 18, n. 15 e resp. 21, n. 20.

expressa non reprobetur (1) »; e crede di poter inferirne che anche in Italia, il paese in cui ebbe origine l'uso mercantile, non si fosse di accordo sulla estensione della sua autorità: invece su di essa si era di accordo, come si era di accordo sull'escludere l'autorità degli usi condannati dalla legge, al qual proposito anche il Cardinale Tuschi scriveva: « Non valet consuetudo quando lex expresse damnat consuetudinem, quia lex semper loquitur (2) ».

Può pertanto ritenersi che la dottrina adottata dal nostro Codice, e legislativamente spiegata nella Relazione del Guardasigilli al Senato del Regno (3), è quella che era raccomandata dalle tradizioni della scuola italiana; e qui mi compiaccio di veder seguito il voto che in questo senso io esprimeva, or son molti anni, nel succitato mio scritto sull'art. 89 del cessato Codice di Commercio, censurando una sentenza in tal parte contraria di una Corte d'Appello (4), dal quale scritto traggo molto di ciò che qui inserisco ad illustrazione del primo articolo dell'attuale Codice di commercio.

5. Il diritto civile, che viene ultimo a governare i rapporti giuridici in materia commerciale, non può poi essere chiamato a ciò se non in una certa misura.

Ed in armonia a quello che ho scritto superiormente (n. 3) sul fondamento razionale della dottrina, la quale riguarda il diritto civile siccome la espressione del diritto comune anche in materia commerciale, dirò con un illustre magistrato, che « possono bensì essere invocati a governare i rapporti commerciali tutti quei precetti che sono formulati dalla legge civile siccome esprimenti il *vero giuridico*, ma non quelle disposizioni che hanno per base l'*utile civile*, e chè si presentano non come l'espressione assoluta di un vero sussistente *a priori*, ma quali determinazioni dettate da considerazioni di convenienza (*propter utilitatem*); perocchè il

(1) De navibus, nota 48, n. 122 e 123. — De assicurat., nota 80, n. 309 e seg.

(2) Tom. II. pag. 814.

(3) Su questi articoli, I, n. 8.

(4) C. di Firenze 3 giugno 1862, Ventani, Archivolti c. Bastogi.

vero è universale: formulato nel Codice Civile, appartiene anche al Codiee di Commercio: l'*utilitas* in vece è diversa nelle due sfere, gl'interessi giuridici della vita civile ordinaria non sono quelli dell'industria, o di quel complesso d'industrie che si chiama commercio (1) ».

Venne dalla Facoltà di giurisprudenza di Pisa manifestato il dubbio, se convenisse conservare la frase del primo articolo che stabilisce doversi, in mancanza di leggi speciali sul commercio e di usi mercantili, *applicare* il diritto civile; e ciò perchè vi sieno istituti commerciali tanto diversi dai comuni, che richiedono regole speciali, e se per tali istituti mancassero gli usi, non si potrebbe *applicare* il diritto civile, poichè *applicare* sia prendere la regola quale è, e secondo la medesima giudicare, ed in vece in questi casi si potesse solamente ricorrere ai principii generali, secondo le regole dell'analogia. Per tal modo, essa soggiungeva, nel decidere le quistioni non mancherebbe ai magistrati nè una norma suprema e direttrice, nè una ragionevole e savia libertà di allontanarsi dalla parola precisa del Codice Civile, ciò che talvolta può richiedersi nelle cose commerciali. Ed in relazione a tali considerazioni, aveva la lodata Facoltà proposto che si riformasse l'articolo dicendo che in mancanza di leggi speciali al commercio e di usi mercantili, *si ricorresse ai principii analoghi del diritto civile* (2).

Ma pur senza la progettata modificazione al testo del nostro articolo, che non fu creduta necessaria, non mi par dubbio che l'applicazione del diritto civile in materia commerciale debba farsi col criterio accennato dalla Facoltà di giurisprudenza Pisana, colla esclusione quindi del rigore della lettera e con attendere in vece ai principii, quando si tratti di istituti commerciali diversi dai civili.

Anche nel particolare del diritto civile applicato alle materie

(1) PESCATORE, Logica del diritto, parte 2ª, capo XXIII in fine.

(2) Osservazioni e Pareri della Magistratura, ecc. sul Progetto preliminare del Codice di Commercio, pag. 15.

commerciali, vale quanto si è detto superiormente riguardo alla prevalenza che può avere su di esso, ed alle accennate condizioni, il patto contrattuale espresso o tacito (1); e giova pure osservare con un già lodato scrittore, che anche l'uso civile dovrebbe essere consultato, quando la legge tacesse, poichè esso pure è fonte di diritto giusta gli art. 1124 e 1135 del Codice Civile, e sempre subordinatamente all'uso mercantile (2).

6. L'uso mercantile è, giusta la espressione del CASAREGIS, un *quid facti* (3); ed improntando dal MERLIN (4) stato seguito da tutti forse i moderni interpreti del diritto e dalla giurisprudenza (5), la definizione ed i caratteri dell'*uso* in generale ed applicandoli all'uso mercantile, parmi che l'uso mercantile può definirsi *ciò che si pratica d'ordinario relativamente agli affari ed ai rapporti commerciali*, e che gli usi devono avere i seguenti caratteri, cioè:

a) Essere *uniformi*, perchè è necessario che i fatti che costituiscono gli usi siano approvati ed adottati con tacito consenso dalla generalità dei commercianti, e mancherebbe questo tacito consenso quando talun commerciante adoperasse in un modo, e talun altro in modo diverso o contrario. « Non potest dici consuetudo ubi apparet non ita semper fuisse servatum, quia consuetudo debet esse certa et uniformis ad exemplum legis quam imitatur (6) ». Questa uniformità va poi intesa in senso relativo, cioè nel senso della osservanza dell'uso da parte della generalità dei commercianti del luogo, se si tratta di un uso locale, e nel senso della osservanza in tutte le piazze, se si tratti di un uso generale;

b) Essere *pubblici*, cioè pubblicamente noti, perchè non si potrebbe concepire il tacito consenso della generalità dei commer-

(1) *Supra*, n. 4.
(2) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 69.
(3) Disc. 175, n. 12.
(4) Répertoire, V. Usage.
(5) Cassaz. Napoli 8 novembre 1873, Fondo del culto c. D'Alessandro. — App. Napoli 20 febbraio 1877, Collegio di Salerno, c. Lanzara.
(6) Rota Gen., Decis. XVII, n. 6.

cianti ad una pratica che essa non conoscesse, e non potrebbe la generalità dei commercianti conoscerla se non fosse pubblica;

c) Risultare da *fatti od atti motiplicati*, perchè la frequenza dei fatti costituenti l'uso vale più che altro mai a persuadere del tacito consenso della generalità dei commercianti, e pochi fatti od atti non sarebbero in vece sufficienti all'uopo;

d) Essere *osservati dalla generalità dei commercianti*, perchè ciò è essenziale a costituire il loro tacito consenso, sul quale si fonda la ragione dell'autorità dell'uso commerciale; ed anche il Casaregis insegna essere « de consuetudinis substantiali requisito ut introducatur ab illis qui condendae legis jus habent, uti a populo, vel a majore parte illius (1) », e non però dal principe, o presso di noi dall'autorità legislativa, perchè, come si legge nella succitata Decisione della Rota Genovese, è certo che il principe può « consuetudinem tollere, non facere », e che « consuetudo universalis ab unius potestate non dependet, quia consuetudo non est actus hominis, sed hominum (n. 4 e 5) »;

e) Essere *reiterati durante un certo spazio di tempo*, perchè anche ciò è necessario per assodare il consenso tacito della generalità dei commercianti, dovendo poi rimanere affidato al prudente arbitrio dei Tribunali il vedere secondo le circostanze, e specialmente secondo il numero e la qualità degli atti e dei fatti di cui si tratti, quando lo spazio di tempo trascorso abbia a reputarsi sufficiente (2): « quae sit longa consuetudo, et ex quot actibus consuetudo inducatur, arbitratio est judicis » (3). Su questo particolare il Casaregis riporta e sembra approvare un parere legale, in cui è detto che « stylus et consuetudo probatur ex actuum frequentia per decennium continuata » (4), la qual cosa io noto non come un preciso criterio, ma come un elemento che può nei congrui casi esser pure tenuto presente dai Tribunali,

(1) Disc. 211, n. 25.
(2) Delamarre e Lepoitvin, tom. i, n. 265.
(3) Rota Gen., Decis. xvii.
(4) Disc. 22[illegible], n. 22.

quando siano chiamati ad esercitare in questa materia il prudente loro arbitrio.

Dopo del che è opportuno rammentare, che nei suaccennati concetti concordò la Commissione compilatrice del primo progetto del Codice, quando ritenne che non possano mai prendersi in considerazione quegli usi che siano contestati (naturalmente con fondamento di ragione), e che non abbiano a loro appoggio la pacifica accettazione del ceto commerciale del luogo in cui sono stabiliti (1).

Naturalmente tutti i caratteri suaccennati dell'uso mercantile si devono applicare secondo che si tratti di usi *locali*, *speciali* o *generali*, cioè di quelli che si trovano stabiliti in ciascuna piazza di commercio, o per determinata materia, ovvero generalmente in tutte le piazze commerciali e per qualsiasi materia; ed anche la pubblicità, la diuturnità ecc. devono intendersi in senso relativo, cioè quanto agli usi locali e speciali, in riguardo alla piazza di commercio ed alla materia a cui si riferiscono.

Mi sembra poi che quelli superiormente enumerati debbano essere i caratteri e requisiti dell'uso mercantile elevato a dignità di legge, sebbene nei Verbali delle discussioni che ebbero luogo in seno alla Commissione che compilò il primo progetto del Codice siasi accennato quasi a voler allargare la mano nell'ammetterli, distinguendo l'uso nostro dalla *consuetudo* del diritto romano (2), il quale però adopera i due vocaboli nello stesso significato (3), perchè poi in seno alla Commissione stessa si è dichiarato, come venne or ora richiamato, che non si dovessero prendere in considerazione quegli usi che fossero contestati, e che non avessero a loro appoggio la pacifica accettazione del ceto commerciale del luogo cui si riferissero; onde per avventura si ritornò al concetto della *consuetudo* od *usus* dei Romani, che cioè « sine

(1) Su questi articoli, I, n. 6.
(2) Verb. n. 117.
(3) Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est (L. 2 Cod. *Quae sit long. consuet.*).

scripto ius venit quod usus approbavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur » (1).

Anche un distinto scrittore accenna a così intendere la cosa, scrivendo che « l'uso che ha carattere di generalità assume più propriamente il nome di *consuetudine*, o *diritto consuetudinario* (2), e la stessa Relazione ministeriale al Senato adopera come sinonimi le parole *usi* e *consuetudini* » (3).

7. Il legislatore nostro si è occupato e doveva occuparsi di usi *locali*, *speciali* e *generali*, perchè essi esistono in una varietà che si può così classificare, e se vi sono gli usi generali di tutto il commercio, è un fatto che ciascuna piazza ha i suoi usi speciali, e le negoziazioni di molte merci e derrate hanno i loro, e non potevano essere trascurati, senza contraddire ai fatti che esistono, e che esistendo s'impongono.

Occupandosene poi, doveva il legislatore risolvere, siccome ha fatto, il dubbio della prevalenza dei detti differenti usi, accordandola cioè agli usi *locali* e *speciali* sovra i *generali* pei motivi adotti nella Relazione del Guardasigilli al Senató (4), che cioè in tutto l'ordine giuridico le disposizioni speciali costituiscono una deroga alle regole generali, e l'esistenza dell'usanza speciale in certi luoghi o per certe materie è prova della insufficienza delle usanze generali, e perchè inoltre è ragionevole ritenere che i commercianti nei loro rapporti e nei loro contratti siansi riferiti, salva dichiarazione in contrario, agli usi delle piazze in cui si trovano ed in cui conchiudono i loro negozi, che da essi devono presumersi ben conosciuti (5).

L'espressione *usi locali* non vuol essere presa in un senso troppo ristretto, ma significa *quod in regione frequentatur* (6), e per essi s'intendono anche quelli valevoli pure per un territorio esteso,

(1) Institut., De jur. nat., § 9.
(2) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 65.
(3) Su questi articoli, I, n. 1.
(4) Ivi, I, n. 2.
(5) C. App. Genova, 31 dic. 1877, Pertuso c. Bertolotto.
(6) L. 34 ff. *De reg. juris*.

come venne spiegato nelle Conferenze di Norimberga, in cui fu elaborato il Codice tedesco di Commercio (1), il quale fa tanta parte agli usi mercantili locali. L'espressione poi *usi generali* del commercio si riferisce non solo a quelli generali del Regno, ma anche agli usi internazionali, come è connaturale all'indole cosmopolita del commercio.

I rapporti derivanti da contratti fatti fra persone lontane, nel caso di conflitto fra gli usi locali dei due paesi, a cui i contraenti appartengono, o di conflitto fra gli usi locali ed i generali del commercio, sono retti da questi ultimi, per effetto della disposizione espressa dell'art. 36, e perchè le difformi consuetudini locali non possono presumersi conosciute da tutti i contraenti.

È ben inteso, come fu avvertito in detta Relazione governativa, che la regola cessa di avere forza allorquando la legge espressamente si riferisca agli *usi generali* del commercio.

8. Per quanto gli usi mercantili siano elevati a legge, non è sconfinato il potere dei commercianti d'introdurli, ed esso trova vari limiti.

Trova un primo limite nei principii generali, consacrati benanche dall'art. 12 delle Disposizioni sulle leggi in generale, che cioè nulla può farsi contro l'ordine pubblico ed i buoni costumi, e non può in alcuna maniera derogarsi alle leggi che li riguardino.

Perciò non potrebbe valere un uso mercantile che i magistrati reputassero contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi; e conseguentemente parmi che dovrebbe risolversi in questo senso il caso che per avventura si presentasse, analogo a quello che i signori Delamarre e Lepoitvin riportano, meritamente censurandolo, di un tribunale cioè che, in presenza di un uso relativo alla vendita degli zuccari, che trovò contrario alla ragione ed all'equità e tale da favorire la frode, si credette pur tuttavia in obbligo di farne l'applicazione (2); e così adoprò la Corte di Lione con sen-

(1) Verb. Tornata 18, pag. 148. Venturi, Il Cod. di Comm. austriaco spiegato coi Processi verbali delle Conferenze di Norimberga, sull'art. 82.

(2) Tr. de dr. comm., tom. 5, n. 118.

tenza del 23 agosto 1831 nel caso citato dal BEDARRIDE, non ammettendo l' uso che si pretendeva stabilito in quella piazza, secondo cui i commissionari facevano quotare nei listini ufficiali le merci comperate pei loro committenti ad un prezzo superiore a quello realmente pagato, e per tal modo aggiungevano fraudolentemente la differenza al compenso della commissione (1).

L'autorità degli usi mercantili trova pure un limite nelle leggi commerciali, nel senso che non possono avere efficacia giuridica quando siano contrari ad essa. Alla legge speciale del commercio deve essere rigorosamente conservata la sua preminenza. Ogni volta che la legge commerciale sia precisa, e che le sue disposizioni siano talmente chiare da non lasciar luogo a dubbio, s'invocherebbe inutilmente un uso contrario. Per quanto esso sembrasse costante, converrebbe respingerlo come una pratica viziosa; e la sentenza che lo accettasse e lo facesse prevalere ad onta delle disposizioni contrarie della legge scritta, incorrerebbe nella censura della Corte di Cassazione (2).

Una Corte di Cassazione appunto sanzionando questo principio, l'applicò al caso dei titoli al portatore, e giudicò che tali non possono essere costituiti dall'uso commerciale quelli nei quali non concorrano i principali caratteri che, secondo la legge, si richiedono affinchè un titolo sia al portatore, i quali caratteri essa disse consistere nel non essere intestati al nome di alcuno e nell' essere trasmessibili in proprietà per semplice tradizione manuale (3); ed un'altra Corte Suprema straniera l'applicò ai vizi occulti di una merce (grano) scoperti dopo il ritiro, che giudicò essere opponibili dal compratore al venditore, non ostante l'uso locale, secondo cui i grani pervenuti dall'estero, venduti e messi in battello, avrebbero cessato di rimanere a rischio del venditore dopo riconosciuti ed accettati dal compratore (4): la quale applicazione dovrebbe farsi

(1) Des Sociétés, n. 79.
(2) PONT, Des Soc. civ. et comm., n. 807.
(3) Cassaz. Torino 5 marzo 1880, Giraudo c. Banco Sconto e Sete.
(4) Cassaz. Franc. 30 dicembre 1879, Leconte-Dupond c. Woussen.

anche presso di noi in considerazione dell'art. 70 di questo Codice di Commercio.

A maggior ragione l'autorità degli usi mercantili troverebbe limite nelle leggi che li proibissero, dappoichè, come scrivono Delamarre e Lepoitvin (1), la legge non li proibisce se non perchè ha riconosciuto gli inconvenienti o le frodi che ne possono risultare, ed una legge fatta per distruggere un uso abusivo protesta perpetuamente contro l'abuso: « Non valet consuetudo quando lex expresse damnat consuetudinem, quia lex semper loquitur » (2). Il giudice non deve ricercare se nel caso speciale vi abbia, o no, frode: basta che sia possibile, se anche non venne commessa: « Lex seu statutum provvidens in genere ad evitandas fraudes, habet etiam locum in casibus in quibus committi poterant, licet commissae non fuerint (3) ».

Che se per avventura in progresso di tempo si trovasse opportuno dal legislatore di abolire la proibizione e di lasciar esplicare l'uso mercantile nel senso dianzi proibito, ben potrà farlo; ma questo è compito che vuol essere al legislatore solo riservato. E ciò è accaduto nella nostra riforma legislativa a proposito precisamente dell'esempio di disposizione proibitiva dato da Delamarre e Lepoitvin, la quale non potesse essere contraddetta dall'uso, della proibizione cioè di assicurare il nolo delle merci che sono a bordo della nave, che è una delle proibizioni portate dall'art. 347 del Codice di Commercio francese, come era pur portata dall' art. 461 del Codice precedente, ed ora non lo è più dall'art. 607, perchè la si è voluta abolire (4), ed anzi quell'assicurazione è permessa dal precedente art. 606, n. 3.

Altro limite hanno gli usi mercantili negli effetti che la legge attribuisce ad una convenzione debitamente constatata, perchè gli stessi usi, i quali fanno presumere la volontà comune delle parti, devono cedere alla intenzione e volontà loro, quando sia espressa-

(1) Tr. de dr. comm., tom. 1, n. 264.
(2) Card. Tuschi succitato.
(3) Casaregis, Disc. 8, n. 12.
(4) Verb. della Commissione del 1869, n. 561 e 645.

mente dichiarata, o sia per legge sottointesa in senso diverso; ed in applicazione di questa regola venne a buon diritto giudicato, che sebbene, secondo l'uso di un porto di mare (Dunkerque), i grani venuti dall'estero, venduti e messi nel battello, cessano di essere a rischio del venditore dopo siano stati riconosciuti ed accettati dal compratore, ciononondimeno il venditore rimane responsabile, in applicazione delle regole generali del contratto di vendita, dei vizi occulti, i quali esistendo nel tempo della consegna dei grani al compratore, ne abbiano cagionato il deterioramento dopo la loro estrazione dalla nave (1).

Un altro limite ancora deve trovare l'autorità degli usi mercantili in quelle che sono le conseguenze naturali di ciascun contratto, nel senso che essi non possano contraddirvi. Così per esempio, come scrivono pure i signori DELAMARRE e LEPOITVIN (2), secondo un uso che la cupidigia fomenta, non è raro di vedere commercianti i quali, avendo ricevuto commissione di comperare, vendono e mandano ai loro corrispondenti merci loro proprie, e si fanno pagare un diritto di commissione, come se avessero adoperato quali commissionari, cumulando così col guadagno della vendita un compenso che non hanno guadagnato. Un tale uso, fosse pure constatato in modo preciso, deve essere escluso dai Tribunali, essendo contrario alla natura del contratto di vendita e del contratto di commissione, che il venditore della propria merce abbia un compenso per venderla, e che il commissionario riceva una provvigione quando non ha adoperato come tale. E gli stessi signori DELAMARRE e LEPOITVIN citano con lode una sentenza del Tribunale di Commercio di Morlaix del 16 dicembre 1826, il quale, nel caso appunto di un commerciante che aveva avuto l'incarico di comperare certe merci *al meglio* ed aveva dato merce sua, e che oltre al prezzo di vendita reclamava una provvigione, respinse la sua pretensione, considerando che « ce serait une anomalie intolérable en commerce que

(1) Cassaz. Franc. 26 maggio 1868, Saint-Frères c. Blanpain, e 30 dicembre 1879, Leconte-Dupond fils c. Woussen et C.

(2) Tr. de dr. comm., tom. I, n. 264.

d'admettre que le vendeur puisse avoir un droit acquis à la rétribution qui est due au commissionaire, pour ses peines et soins à remplir un ordre ».

Si avverta però che la cosa riprovevole nell'uso suaccennato e che lo dovrebbe far respingere dai Tribunali, consisterebbe nella aggiunta della provvigione del commissionario al giusto prezzo della merce, o nella deduzione di essa, secondo i casi; mentre invece tale non sarebbe l' uso mercantile che permettesse al commissionario di vendere al committente la merce propria per il giusto prezzo, quando egli avesse l'incarico di farne l' acquisto, o di comperarla, sempre per il prezzo giusto, quando avesse dal committente l'incarico di farne la vendita. Il Casaregis attesta che tale era l'uso generalmente invalso ai suoi tempi, e l' approva: « Quidquid sit de iure, specialiter inter mercatores ex eorum communi stylo et usu, recte quidem pro facilitate commerci introductum ac receptum ubique fuit, sibimetipsis vendere res aut merces ad se transmissas a suis corresponsalibus, et viceversa merces proprias pro suis corresponsalibus curare, quod inter mercatores dicitur *fare le contazioni a sè stessi*, dummodo tamen id sequatur bona fide et pro pretio currenti, quod ab aliis inveniri poterat ». Egli soggiunge poi, e giustamente, che: « Alias transgressor tenebitur proprie actione mandati ad omne damnum et interesse » (1).

9. L' autorità dell' uso mercantile cessa a fronte di una convenzione contraria; e così la convenzione delle parti può derogare all'uso mercantile, come venne giudicato, per esempio, in materia di stallìe e del loro punto di partenza, il quale, quando è determinato dal contratto, non può più essere governato dall'uso (2), e come venne pur giudicato in materia di trasporto marittimo, di cui non può dirsi che debba essere stabilito *a dovere*, secondo la consuetudine, quando dalla polizza di carico risulta essersi convenuto che nulla si sarebbe pagato pel nolo, essendo il contratto

(1) Disc. 120, n. 34 e 35; Disc. 76, n. 18. — Conf. Card. De Luca, De empt. et vendit., Disc. 5, n. 5 e seg.

(2) Cassaz. Torino 8 luglio 1857, Tubino c. Pitto.

per conto nave (1); e la contraria convenzione certamente vale, perchè, come si è già avuto occasione di rammentare, l'art. 12 delle Disposizioni sulle leggi in generale permette alle parti di derogare colle loro private convenzioni anche alle leggi scritte che non riguardino l'ordine pubblico od i buoni costumi, e tanto più quindi le parti possono con le stesse private convenzioni derogare agli usi mercantili, i quali non sono leggi propriamente dette, sebbene vi siano equiparate, salva la prevalenza delle leggi commerciali.

10. Quanto alla prova dell'uso mercantile, essa non è necessaria, laddove i Tribunali ne abbiano conoscenza per notorietà pubblica; e su questa conoscenza possono fondare il loro giudizio, constatando nella loro decisione la esistenza dell'uso (2). La constatazione però dei primi giudici non può naturalmente vincolare i giudici di appello, giudici superiori, se loro si fornisse la prova o se essi pur sapessero che o l'invocato uso non sussistesse, o che fosse diverso; coll'obbligo pure ai giudici di appello di constatare nella loro decisione la insussistenza dell'uso invocato, o la esistenza dell'uso diverso (3).

Queste constatazioni sono necessarie, perchè in difetto si potrebbe credere che i giudici del merito avessero violato le disposizioni del diritto civile che per avventura fossero contrarie, poichè esse governano pure i contratti commerciali in mancanza di disposizioni nelle leggi speciali al commercio e di usi mercantili, e d'altronde in sede di cassazione più non si potrebbe provare la esistenza dell'uso (4).

Taluni scrittori insegnano che i giudici possano anche stragiudizialmente informarsi intorno agli usi, di cui essi non aves-

(1) App. Genova 7 giugno 1861, Costa c. Molinari.

(2) Casaregis, Disc. 187, n. 7; Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. 1, n. 269; Vidari, Corso di diritto comm., n. 67; App. Torino 11 febbraio 1876, Cassa di comm. e industria c. Ottolenghi; App. Genova 14 giugno 1878, Cabib c. Parodi.

(3) Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. 1, n. 272.

(4) Merlin, Quest. de dr. V. Aval, e Compte courant.

sero conoscenza (1); ma mi sembra giusta l'osservazione in contrario dei signori DELAMARRE e LEPOITVIN, che cioè se i giudici possono illuminarsi con tutti i mezzi che il desiderio di rendere buona giustizia può loro suggerire, le informazioni stragiudiziali però che essi chiedano non possano essere considerate che siccome semplici indizi. L'uso essendo un fatto, è necessario che la parte contro cui s'invoca possa ammetterlo, o contraddirlo, o verificarlo: è necessario insomma, quando il giudice non ne sia per sè informato, che nell'appurarne la sussistenza si proceda coi mezzi per legge stabiliti in fatto di prova, e col contradditorio delle parti (2).

Appunto per ciò questa prova, la quale deve naturalmente consistere nella dimostrazione o della notorietà dell' uso mercantile invocato, o di una serie di atti o di fatti che valgano a stabilirlo, il che è talvolta assai difficile, « quia consuetudo modo est alba, modo nigra » (3), deve essere fornita: o col mezzo di documenti, dai quali risulti ciò che si suole praticare dalla maggior parte dei commercianti, e per lo scopo per cui sarebbero prodotti cotali documenti potrebbero pure essere estranei ai contendenti (4); ovvero con atti di notorietà rilasciati dalle Camere di Commercio, dai Sindacati dei pubblici mediatori nel regno, o da simili autorità ed ufficiali all'estero, come sarebbero i Consoli, ed anche da più negozianti o più mediatori (5), se per le speciali circostanze del caso i Tribunali credono di dovervi deferire, dovendo però tenersi presente che queste ultime dichiarazioni possono essere soventi l'effetto della compiacenza (6); ovvero ancora colla prova testimoniale ed in generale coi mezzi di prova ammessi nel diritto commer-

(1) ANSALDO, Disc. Gen., n. 47; CASAREGIS, Disc. 187, n. 6, e Disc. 198, n. 32; PARDESSUS, n. 1377.

(2) Tr. de dr. comm., tom. I, n. 271.

(3) Rota Gen., Decis. XVII, n. 1.

(4) Trib. III Ist. di Lomb. 13 luglio 1864, Parrocchia di Velate c. Orsola.

(5) App. Catania 6 aprile 1874; App. Genova 27 maggio 1869, Rossi Triedenthal c. Cremonini.

(6) MERLIN, Répertoire, V. Parere; BEDARRIDE, Des Sociétés, n. 83; ANSALDO, Disc. Gen., n. 47, e Disc. 72, n. 25 e seg.

ciale (1): e, come ritenne una delle nostre Corti di Cassazione in materia di constatazione di consuetudini di paesi esteri, la prova ne è lasciata alla coscienza dei giudici, i quali possono trarla da qualsiasi mezzo non introdotto dal legislatore (2).

La stessa sentenza ritenne pure che, in ordine ai mezzi di prova permessi per istabilire le consuetudini, si devono applicare le leggi dell'epoca in cui la prova medesima si vuole fornire, e non quelle dell'epoca della convenzione; ed a ragione, perchè il modo di fornire la prova si attiene di regola alla procedura, e siffatte leggi hanno effetto retroattivo.

Anche le sentenze sono indicate come mezzo di prova degli usi; ma nel senso soltanto che sia buon argomento della loro sussistenza il vederli ritenuti costanti da più giudicati.

Nel particolare degli atti di notorietà rilasciati dalle Camere di Commercio è stato giustamente ritenuto che essi siano idonei a far fede degli usi di commercio, sia perchè la legge 6 luglio 1862 della istituzione di esse Camere le dichiara competenti a dare alle autorità governative le informazioni ed i pareri, dei quali siano richieste in materia di loro competenza (art. 2, lettera *i*), sia perchè il loro carattere pubblico concilia credito ed autorità alla loro testimonianza, sebbene fatta in quella forma (3); ma non mi sembra che possa darsi loro tanta autorità, da non permettere la prova del contrario, a meno che si presentasse querela di falso, come insegnerebbe un reputato scrittore (4), perchè anch'esse le Camere di commercio possono cadere od essere tratte in errore da meno esatte informazioni, e perchè quindi, sebbene le loro attestazioni meritino molta deferenza, ed i giudici debbano con grande riserbo ammettere prove contrarie, non possono però in difetto di espressa disposizione di legge, la quale non sarebbe nè meno ragionevole,

(1) Su questi articoli, I, n. 3; Cassaz. Torino 4 giug. 1868, Consorzio agr. Livorno c. Mussano; 29 lug. 1873, Lossada c. Cassa Gen. di credito; 24 ag. 1876, Sberro c. Debasch.

(2) Cassaz. Firenze 26 febbraio 1880, Goldschmidt c. Grego.

(3) Cassaz. Firenze 1 febbraio 1877, Pieruzzini c. Modigliani.

(4) Vidari, Corso di dir. comm., n. 67.

essere elevate a dignità di atto pubblico, che faccia piena fede sino ad iscrizione in falso.

Nel particolare della prova per testimoni, convien badare accuratamente alle cause di scienza che essi siano per addurre; ed in proposito la Rota Genovese ci ammaestra, non bastare che i testimoni dicano in modo generale di aver veduto osservarsi l'uso in tutte le curie e davanti ogni magistrato, e la loro testimonianza non doversi riferire alla osservanza dell'uso da parte sempre delle stesse persone, come era accaduto nella specie da essa giudicata: « Quinimo cum in hac actuum frequentia omnes testes in Scharello, Caluno et Pasturino concurrant, et alios nominare nesciant, visum fuit ipsos reddi suspectos, per eundem enim et praemeditatum sermonem deposuisse videntur » (1).

Tanto poi nelle attestazioni di negozianti o mediatori, quanto nella prova testimoniale, è utile che si adducano esempi a conferma di quanto si attesti, affinchè simili mezzi di prova abbiano maggiore importanza giuridica, perchè in tal guisa si allontana il sospetto che le firme siano state apposte per favorire i richiedenti, e senza la dovuta considerazione, e le deposizioni testimoniali si conciliano maggior fede (2).

Nel conflitto fra testimoni che escludano l'esistenza di un uso commerciale, e pareri od attestazioni di commercianti che l'affermino, fu giudicato doversi dare la preferenza ai primi per trattarsi di deposizioni fatte sotto il vincolo del giuramento (3); ma la soluzione non sembra potersi applicare ad ogni caso indistintamente: la pratica dimostra come sia pericolosa la prova testimoniale, tanto per gli equivoci a cui può dar luogo, quanto per la possibilità della mala fede; e deve perciò lasciarsi alla saviezza dei Tribunali lo apprezzare, secondo le circostanze e gli aggiunti

(1) Decis. XVII, n. 10.

(2) Cassaz. di Firenze 3 giugno 1862, Ventani, Archivolti c. Bastogi, e Sentenze ivi citate della Ruota Fiorentina 11 settembre 1789 e 30 settembre 1802; App. Lucca 7 giugno 1865, Magromini c. Leonardi.

(3) App. Bruxelles 10 febbraio e 20 marzo 1877 (Pasicrisie Belge, 1877, II, 257).

personali delle parti, dei testimoni e dei dichiaranti, a chi debba preferibilmente prestarsi fede.

11. La violazione dell'uso commerciale può certamente dar luogo alla cassazione della sentenza che l'abbia commessa, semprechè debba ricorrersi all'uso medesimo per difetto di leggi speciali mercantili che risolvano la controversia, e semprechè la sua sussistenza si trovi allo stato dagli atti regolarmente stabilita e constatata: difatti la violazione della legge apre sempre l'adito alla cassazione della sentenza; ed il non tener conto dell'uso mercantile constatato, innalzato dall'art. 1 ad autorità di legge, equivale ad una vera violazione di questa.

La Corte di Cassazione di Torino ha così giudicato in una specie in cui trattavasi di determinare se un contratto fosse di compera-vendita o di commissione. I fratelli Tubino, commercianti in Berdianska (Scali del Levante), accettavano dal Banco industriale di Genova l'incarico di comperargli e spedirgli una certa quantità di grano, ricevendone i necessari fondi, ed eseguivano l'incarico stesso facendosi essi venditori del grano, mentre il Banco accettava le condizioni del contratto. S'impegnò contestazione, la cui decisione dipendeva dal carattere di commissione ovvero di compra-vendita che il contratto avesse: in base alle leggi allora imperanti, non diverse in sostanza dalle attuali, cioè all'art. 68 del Codice di Commercio precedente ed all'art. 1447 del Codice Civile, si sarebbe dovuto dire che il contratto fosse piuttosto di commissione che di compra-vendita; ma per sostenere che fosse invece di compra-vendita, il Banco aveva dimostrato, ed era stato ritenuto vero dal Tribunale di Commercio di Genova, che per consuetudine della piazza medesima le case stabilite nei centri di produzione non rivestissero qualità di commissionari, ma quella di venditori diretti, e come contratti di compra-vendita si considerassero gli affari fra i negozianti di Genova, che trasmettono ordini alle case stabilite in Levante per acquisto di grani, e le case stesse che li ricevono e li eseguiscono, trattando e stabilendo i prezzi. La Corte d'Appello di Genova con sentenza 20 aprile 1877 aveva ritenuto che il contratto fosse di commissione, riparando quella del Tribunale di Commer-

cio, che in applicazione della detta consuetudine commerciale lo aveva considerato di compra-vendita, e rigettando la prova per notorio che ad abbondanza ne era stata dedotta dal Banco; e sul ricorso di questo, la Corte Suprema annullò la stessa sentenza per violazione specialmente dell'art. 89 del Codioe di Commercio del 1865, corrispondente all'art. 1 dell'attuale, per avere trascurato l'uso particolare da cui doveva essere regolato il contratto, e colla scorta del quale doveva essere intesa e definita la vera intenzione delle parti e la portata dei termini della corrispondenza fra esse intervenuta (1).

In Francia, prima della codificazione, e quando le consuetudini anche in materia civile avevano vigore di legge, si ha l'esempio di annullamento di sentenza pronunciato da quella Corte di Cassazione per violazione di un uso che era stato constatato (2); e presso di noi non potrebbero invocarsi le posteriori sue sentenze che hanno ricusato di accogliere come mezzo di cassazione la violazione di usi, perchè ivi non vi ha disposizione di legge analoga al nostro articolo; oltrechè quest'ultima giurisprudenza è pur criticata da scrittori francesi (3).

Però la constatazione dell'uso mercantile sfugge alla competenza della Corte di Cassazione (4), come è riservato ai giudici del merito la valutazione delle risultanze di una prova testimoniale in genere (5); e non può dedursi in cassazione la violazione di una consuetudine, se questa non sia stata allegata e provata davanti

(1) Cassaz. Torino 7 novembre 1878, Banco Industriale di Genova c. Tubino. — V. anche nel Giornale delle Leggi, 1879, pag. 81, un articolo del prof. VIDARI sull'argomento.

(2) Cassaz. Franc. 25 fruttidoro anno XI, Royon.

(3) DALLOZ, Rép., V. Cassation, n. 1405 — DELAMARRE e LEPOITVIN, Tr. de dr. comm., tom. I, n. 266.

(4) Cassaz. Firenze 8 maggio 1873, Quaratesi utrinque; Cassaz. Franc. 1° luglio 1857, Camus c. Mestrezet, e 5 genn. 1865, sul ric. Benoit.

(5) Cassaz. Torino 18 febbraio 1850, Pittaluga utrinque; 24 aprile 1857, Gentinetta c. Cosso, e 4 gennaio 1862, Langeri c. Com. di Beinette; Cassaz. Firenze 7 giugno 1861, Benvenuti c. Pucci.

ai giudici del merito (1), mentre poi si verificherebbe la violazione dell'art. 1, laddove' si fosse dedotta a prova la esistenza della consuetudine, ed i giudici del merito non avessero voluto attendervi, senza darne ragione.

TITOLO II.

DEGLI ATTI DI COMMERCIO.

3. La legge reputa atti di commercio:

1° Le compre di derrate o di merci per rivenderle, sia in natura, sia dopo averle lavorate o poste in opera, od anche solo per darle in locazione, e parimenti la compra per rivendita di obbligazioni dello Stato o di altri titoli di credito circolanti in commercio;

2° Le vendite di derrate, le vendite e le locazioni di merci, in natura o lavorate, e le vendite di obbligazioni dello Stato o di altri titoli di credito circolanti in commercio, quando l'acquisto sia stato fatto a scopo di rivendita o di locazione;

3° Le compre e le rivendite di beni immobili, quando siano fatte a scopo di speculazione commerciale;

4° I contratti di riporto sopra obbligazioni dello Stato od altri titoli di credito circolanti in commercio;

5° Le compre e le vendite di quote o di azioni di società commerciali;

(1) Cassaz. Roma 25 aprile 1878, Pacifico c. Terni.

6° Le imprese di somministrazioni;

7° Le imprese di fabbriche o di costruzioni:

8° Le imprese di manifatture;

9° Le imprese di spettacoli pubblici;

10° Le imprese editrici, tipografiche o librarie;

11° Le operazioni di banca;

12° Le cambiali e gli ordini in derrate;

13° Le imprese di trasporti di persone o di cose per terra o per acqua;

14° La costruzione, la compra, la vendita e la rivendita di navi;

15° Le compre e le vendite di attrezzi, arredi, vettovaglie, combustibili ed altri oggetti di armamento per la navigazione;

16° Le spedizioni marittime;

17° Gli arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio e le convenzioni per salarii e stipendii di equipaggi;

18° I noleggi, i prestiti a cambio marittimo e gli altri contratti riguardanti il commercio di mare e la navigazione;

19° Le assicurazioni, anche mutue, contro i rischi della navigazione;

20° Le assicurazioni terrestri, anche mutue, contro i danni e sulla vita;

21° Le imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari;

22° Le operazioni di mediazione in affari commerciali;

23° I depositi per causa di commercio;

24° I depositi nei magazzini generali e tutte le operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno da essi rilasciate.

4. Si reputano inoltre atti di commercio gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti, se non sono di natura essenzialmente civile o se il contratto non risulti dall'atto stesso.

5. Non sono atti di commercio la compra di derrate o di merci per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia, la rivendita ch'egli poi ne faccia, nè la vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti del fondo suo o da lui coltivato.

6. Le assicurazioni di cose che non sono oggetti o stabilimenti di commercio e le assicurazioni sulla vita sono atti di commercio rispetto all'assicuratore soltanto.

Il conto corrente e l'assegno bancario non sono atti di commercio rispetto alle persone non commercianti, se non hanno causa commerciale.

7. Lo Stato, le Provincie ed i Comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi ed agli usi commerciali.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Ragione per la quale si fa precedere la nozione degli atti di commercio alla trattazione della materia dei commercianti, facendone oggetto di un titolo distinto.

2. Le disposizioni dell'art. 3 intorno a quelli che la legge considera atti di commercio, sono dimostrative e non limitative.

3. Difficoltà della definizione degli atti di commercio, e conseguente necessità di conservare il sistema della loro enumerazione.

4. Ragione della risoluzione affermativa data dalla legge alla quistione, se gl'immobili possono formare materia di atti e contrattazioni commerciali.

5. Restrizione al principio: condizione essenziale affinchè possano reputarsi atti di commercio le compre di immobili per rivenderli od affittarli.

6. Ragione per cui le imprese di fabbriche o di costruzioni si reputano dalla legge atti di commercio, indipendentemente dalla provvista dei materiali.

7. Ragione della formola dell'art. 5.

8. Alla compra-vendita della rendita pubblica e dei titoli di credito si è voluto attribuire per regola costante qualità commerciale.

9. Ragioni dell'ordine della enumerazione degli atti di commercio, e di alcune delle relative disposizioni.

10. Dell'influenza dei due criteri oggettivo e soggettivo nella determinazione degli atti di commercio.

11. La presunzione di commercialità stabilita dall'art. 4 può cessare soltanto allorchè la prova contraria alla commercialità risulti dall'atto stesso. — Ragione di questo concetto del legislatore.

12. Ragione della disposizione dell'art. 7. secondo cui lo Stato, le Provincie ed i Comuni possono fare atti di commercio, ma non acquistare la qualità di commercianti.

13. Conferma del concetto che la enumerazione degli atti di commercio è dimostrativa o non tassativa.

14. Ancora sulla quistione, se gl'immobili possano formare oggetto di atti di commercio: le discussioni in materia d'ipoteche, di espropriazioni e simili, dovranno però essere sempre riservate ai Tribunali Civili.

15. Ragione per cui nel n. 5° dell'art. 3, furono comprese anche le compre e le vendite di *quote* di società commerciali.

16. Ragione delle tre enumerazioni del n. 10° dell'art. 3.

17. Ragione per cui fra gli atti di commercio non sono annoverati i biglietti all'ordine sottoscritti da commercianti o dipendenti da causa commerciale.

18. Ancora dell'ordine della enumerazione degli atti di commercio.

19. I contratti accessori ai commerciali, come i pegni e le fideiussioni per causa di commercio, si reputano pure atti commerciali.

20. Ancora del carattere commerciale delle compre-vendite della rendita pubblica e dei titoli di credito circolanti in commercio.

21. Si spiega che anche la vendita di merci, stata comprata da chi non è commerciante, con intenzione di rivenderla, costituisce atto di commercio.

22. Ragione della menzione separata fatta al n. 4° dell'art. 3 del contratto di riporto.

23. Ragione dell'essere state comprese fra gli atti di commercio le compre e le vendite delle azioni di società commerciali.

24. Osservazioni a favore e contro la disposizione del n. 12° dell'art. 3 che annovera le cambiali fra quelli che la legge reputa atti di commercio.

25. Si spiega relativamente al n. 21° che anche un solo affare di commissione commerciale è atto di commercio.

26. Ragione dei n. 23° e 24° sempre dell'art. 3: si è voluto che i depositi nei magazzini generali e tutte le operazioni relative abbiano a reputarsi senz'altro atti di commercio.

27. Le compre e le vendite di bestiami in fiere e mercati non sono per sè stesse atti di commercio: considerazioni al riguardo fatte alla Camera dei Deputati.

28. Ragione della larghezza della disposizione dell'art. 6 relativa agli atti di commercio, che consistono nelle assicurazioni.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. Le leggi commerciali generalmente regolano gli *atti* o *le operazioni di commercio,* e *le persone dei commercianti.* Ma siccome il commerciante è colui che per professione abituale fa atti di commercio, così logicamente deve antecedere la nozione dell'*atto di commercio*.

Nel Codice di Commercio Italiano del 1865, come in quello riveduto del Belgio, nel Titolo *de'commercianti* sono enumerati, quasi incidentalmente, gli *atti di commercio*. Ma costituendo essi la materia complessiva del commercio, parve alla Commissione compilatrice del Progetto preliminare che, per l'importanza dell'argomento, dovessero formare oggetto di un Titolo distinto dagli altri, e tale è pure il mio avviso. (Pag. 26).

2. L'art. 3 contiene una lunga enumerazione di operazioni che la legge *reputa atti di commercio*. Ho preferito di sostituire questa formola all'altra usata nel Progetto preliminare « *sono atti di commercio* », per meglio significare che le disposizioni dell'articolo medesimo, ancorchè ampliate, sono tuttavia *dimostrative,* e non limitative. La legge considera *atti di commercio* quelli che più comu-

nemente sono riconosciuti per tali, risolvendo benanche alcuni dubbi finora più frequentemente elevati in proposito. Ma ciò non ostante nella perenne evoluzione dei bisogni del commercio e delle forme svariate de' suoi negozi create dall'ingegnosa attività dell'industria, rimane tuttora nel prudente potere del magistrato estimare la loro intima natura, e ravvisando in esse manifesta identità od equivalenza con quelle condizioni che hanno determinato il legislatore a definire di natura commerciale gli atti enumerati in questo articolo, dichiararli parimenti *atti di commercio*, e perciò soggetti alle leggi ed agli usi commerciali. (Pag. 26 e 27).

3. Certamente sarebbe stato preferibile ad una enumerazione, inevitabilmente imperfetta, scrivere nel Codice una definizione generale degli atti di commercio, lasciandone ai magistrati l'applicazione; e la Facoltà giuridica di Pisa e le Camere di Commercio di Roma e di Parma manifestarono codesta opinione, ma dovettero arrestarsi in faccia alle invincibili difficoltà di trovarne una esatta ed adeguata definizione, ed alle pericolose incertezze cui i difetti di essa esporrebbero la tutela giuridica del commercio.

Ed invero qual è il criterio giuridico ed economico, con la scorta del quale si possono con sicurezza distinguere gli atti *commerciali* dagli atti *civili?*

Storicamente, fino a tempi poco da noi lontani, non si ebbe degli atti di commercio che un criterio *subbiettivo:* essi erano le operazioni de' *commercianti:* la qualità della persona imprimeva la qualità degli atti. Nei tempi delle corporazioni commerciali e delle maestranze, la stessa giurisdizione commerciale era personale, e si esercitava sulle persone dei commercianti, nè concepivansi operazioni commerciali intraprese da non commercianti.

Quando il commercio si allargò, e le antiche corporazioni disparvero, meno davanti all' Editto di Turgot del 1776 ed alla Legge del 1791, che per la partecipazione generale di tutte le classi al movimento industriale e mercantile, venne meno la base di un tal sistema, e fu necessario al legislatore regolare *oggettivamente* gli atti del commercio in loro stessi, secondo la loro natura, senza riguardo alle persone che li esercitassero.

Ma economisti e giureconsulti disputarono lungamente, e sono ancor lontani dal trovarsi d'accordo nel determinare l'essenza speciale e propria degli *atti di commercio*, ed i caratteri certi che li rendano diversi dai *civili*. Alcuni ravvisano nel commercio la mediazione tra i produttori ed i consumatori (1). Altri lo fanno consistere nella *intenzione di lucro* e *speculazione* che accompagna gli atti (2); mentre non mancano giuristi profondi che negano potersi fondare sull'elemento intenzionale, piuttosto che sulla realtà obbiettiva degli atti, una differenza delle operazioni commerciali dalle altre (3). A molti la compra per rivendere parve il tipo generico di tutti gli atti di commercio, facendo consistere il benefizio commerciale nel lucro della differenza tra il prezzo di costo e quello di rivendita (4). Moderni scrittori tedeschi rivolsero l'animo a studiare la funzione economica che si compie con gli atti commerciali, ma sebbene sottoponessero a sottile analisi il contenuto dei medesimi, non riuscirono a conclusioni concrete (5).

Qualche scrittore, anzichè definire, ha preferito descrivere ciò che costituisce il commercio (6). Taluno, troncando il nodo, anzichè scioglierlo, opinò che la determinazione degli atti di commercio esser dovesse una creazione legislativa (7).

È facile convincersi che tutte le proposte formole sono inesatte, o incomplete, o comuni benanche a molte contrattazioni civili. L'ul-

(1) Romagnosi, Opuscoli sull'idea del commercio — Boistel, Précis du cours de droit commercial, 1875, pag. 22.

(2) Bravard, Manuel de droit commercial — Beslay, Quest., pag. 46.

(3) Beslay, Commentaire historique et pratique du Code de Commerce, 1877, vol. I. — Thöl, Trattato di diritto commerciale, § 26.

(4) Vincens, Exposition raisonnée de la législation commerciale, 1821, tom. I, pag. 121 e seg. — Pradier, Précis de droit commercial, 1868 — Colfavru, Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre, 1863, pag. 3 — Boccardo, Manuale di diritto commerciale, 1862, pag. 170.

(5) Goldschmidt, Diritto commerciale, § 42 — Thöl, Trattato di diritto commerciale, § 24 — Endermann, Diritto commerciale Tedesco, pag. 63.

(6) Massé, Le droit commercial en rapport avec le droit des gens, lib. I, § 1, n. 3.

(7) Delamarre et Lepoitvin, Traité de la Commission: Introduction.

timo concetto è poi apertamente fallace, perchè se il legislatore può stabilire presunzioni e mezzi di pruova de' fatti, non ha potere di cangiare de'fatti stessi la intrinseca natura, e d'impedire che essi siano quelli che realmente sono nell'economia della vita sociale.

Il difetto di una teoria scientifica fondata sopra basi sicure ha quindi indotto finora i legislatori moderni ad enumerare nei loro Codici gli *atti di commercio*, rinunziando al tentativo di definirne con una teoria astratta l'essenza comune. L'enumerazione trovasi infatti, dopo il Codice di Commercio Francese, anche nel Codice di Commercio Albertino, nelle Leggi di Eccezione per le Due Sicilie, nei Codici Italiano, Belga, Portoghese, Brasiliano, di Buenos-Ayres e dell'Uraguay, del Chilì ed in altri.

La sola diversità tra il Codice Germanico ed il Codice Francese è riposta in ciò, che il primo ha concretato e raccolto varie specie di atti di commercio in un minor numero di più ampie categorie, cioè in quattro sole: la prima, che comprende quattro specie di atti per la loro essenza commerciali, cominciando dalla compra di merci per rivenderle; la seconda, comprensiva di cinque operazioni che sono dichiarate *atti di commercio* solo in coloro che ne fanno la loro *professione abituale* (ed in questa categoria il legislatore tedesco colloca le operazioni di banca, di commissione e di trasporto, negando ad esse la qualità di *atti di commercio* in persone non commercianti); la terza, in cui si contengono le stesse cinque operazioni eseguite eccezionalmente da qualunque altro commerciante, benchè siano estranee al suo genere di commercio; ed infine la quarta, che considera *atti di commercio* tutte le operazioni di un commerciante che abbiano un rapporto qualsiasi con l'esercizio della sua professione. Basta questo cenno per avvertire quanto v'ha di angusto, incompiuto, arbitrario e d'incerta estimazione nella classificazione germanica. Infatti questa parte del Codice Germanico è riguardata come una delle più difettive, anche a giudizio di autorevoli giuristi tedeschi (1), ed il MUNZINGER

(1) THÖL, ib., vol. I, § 20.

nel Progetto Svizzero se ne allontanò facendone severa critica nella esposizione dei motivi (1).

Questo esame conduce a riconoscere come preferibile il concetto di attribuire natura *di atto di commercio*, senza riguardo alla qualità della persona, a tutte quelle operazioni che per la loro essenza nell'ordine economico e nell'opinione generale costituiscono una manifestazione dell'attività commerciale, adottando nel Codice il sistema pratico di farne una enumerazione la più completa che sia possibile, senza però costringere la vita commerciale entro limiti insuperabili, ed impedirne la spontanea e progressiva espansione, e perciò con effetto non tassativo, ma dimostrativo.

Come conseguenza delle premesse considerazioni, ho dovuto determinarmi a conservare nel progetto definitivo il sistema della enumerazione degli *atti di commercio*, estendendola e migliorandola, avuto anche riguardo alle massime d'interpretazione ormai entrate nel dominio di una pacifica giurisprudenza presso le Corti Italiane. (Pag. 27 a 31).

4. Nel numero 3 ho creduto dover proporre una risoluzione legislativa della quistione ormai celebre, e da lungo tempo agitata e variamente decisa, se gli immobili possano formare materia di atti e contrattazioni commerciali.

In Francia, nel silenzio del Codice, prevalse la tendenza ad interpretare in senso limitativo la disposizione che dichiarava *atto di commercio* la compra di *merci e derrate* per rivenderle, rammentando il senso dato dal giureconsulto ULPIANO al vocabolo MERCE: *Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet* (2); e la dottrina e la giurisprudenza (3) in tal senso parvero preponderanti.

(1) MUNZINGER, Motifs du Projet du Code de Commerce, pag. 4 e seg.

(2) ULPIANO, n. 74 ad Edictum.

(3) MERLIN, Quest. de droit, V. Acte de commerce, § 4 — PARDESSUS, tom. I, n. 8 — VINCENS, tom. I, n. 123 — CARRÉ, De la compétence, tom. I, pag. 110 — MALEPEYRE et JOURDAIN, Sociétés de commerce, pag. 9 — NOUGUIER, tom. I, n. 360 — BRAVARD-VEYRIÈRES, Manuel de droit commercial, tom. I, n. 3 — MOLINIER, Droit commerc., n. 14 — DELANGLE, n. 26 — DESPREAUX, Comp. des Trib. de Comm., n. 342 — DAGEVILLE, tom. V, p. 14

Non mancarono tuttavia convinti sostenitori della contraria interpretazione tra i giureconsulti (1) e le Corti Francesi (2), e generalmente si deplorò l'incertezza prodotta dal silenzio del legislatore.

— BIOCHE et GOUJET, Dict. de Commerce, V. Acte de commerce, n. 7, 9, 13 — ORILLARD, De la comp. des Trib. de Comm., n. 285 e 286 — MASSÉ, Droit comm. en rapport avec le droit des gens, tom. 3, pag. 432.

Cassazione 28 brumaio, anno XIII — Cassazione 17 marzo 1866, Denis c. Società di Plombières, (I. du P. 1866, pag. 541) — C. di Metz 18 giugno 1812 (I. du P. 16, 188) — C. di Bourges 4 dicembre 1829, Galny e. Desplaces (I. du P. XXII, 1378) — C. di Parigi 8 dicembre 1830, ed 11 dicembre dello stesso anno (I. du P. 927 e 940) — C. di Aix 22 maggio 1833 (I. du P. 1837, pag. 331) — C. di Nancy 30 novembre 1843 (ib. 1844, 2, 40) — C. di Parigi 24 maggio 1864, Heuqueville (ib. 1864, 2, 216) — C. di Parigi 13 febbraio 1868, Neiland c. Meyer; 17 agosto, De Preisne c. Rougier e Sicard; 29 agosto, Deleure c. Sindaci del fall. Auget (I. du P. 1868, pag. 1223, 1231) — C. di Parigi 15 febbraio 1868, Comp. Immob. c. Meyer (Dalloz 1868, 2, 208).

(1) Il TROPLONG fu tra i primi ad insorgere contro l'opinione che non ammetteva potersi fare *atti di commercio* sopra immobili, e così energicamente si espresse: « On ne voit pas pourquoi on ne traiterait pas comme marchands ceux qui traitent la propriété foncière comme une marchandise » — Tuttavia aggiunge: « Mais enfin la lacune est réelle; il n'appartient pas à la jurisprudence de la combler » (*Société*, n. 319) — Opinò bensì che *la volontà delle parti* potesse imprimere il carattere commerciale ad una Società per speculazione sopra immobili; ma ciò venne negato dal BEDARRIDE (Comment. du Code de Comm. n. 89 e 90) — Non mancarono poi in Francia altri scrittori, i quali sostennero che gl'immobili possano formare oggetto di *atti commerciali*, e possono rammentarsi DEMANGEAT sur Bravard, Traité du droit comm. tom. II, pag. 323 e seg. — BESLAY, tom. I, n. 107 — GARSONNET, nella *Revue critique de législation et jurisprudence*, tom. 35, anno 19, pag. 325 — OLIVIER, nella *Revue pratique*, tom. V, pag. 241.

(2) C. di Parigi 11 marzo 1806 ed 11 febbraio 1867 — C. di Bourges 19 marzo 1831 — C. di Colmar 30 dicembre 1845 — C. di Parigi 24 maggio 1849, decidendo che la compra e la rivendita d'un immobile sia civile o commerciale, secondo che essa costituisce un *simple placement de fonds, ou une opération commerciale* (DALLOZ, Jur. gen., 1850, 2, 11) — Tribunale di Commercio di Poitier 2 luglio 1849 — Quattro decisioni della Corte di Aix del 5 agosto 1868 dichiararono commerciali le Società costituite per compre e rivendite di terreni, dopo aver costruito sui medesimi.

Anche nel Belgio i pareri furono diversi, come si può raccogliere dalla vivace discussione che ebbe luogo nella Camera dei Rappresentanti intorno all'art. 1 del Titolo relativo alle *Società* (1).

Nel suo Progetto il Governo aveva proposto, che si dichiarassero *commerciali* le Società aventi per oggetto la compra di beni *immobili* per rivenderli, ovvero lo scavo delle miniere reso commerciale per volontà delle parti (2).

Ma la Commissione Parlamentare incaricata di studiare quel progetto l'aveva emendato nel senso che la Società avente per oggetto la compra di beni immobili per rivenderli, benchè di sua natura *civile*, potesse diventare *commerciale per volontà delle parti* (3).

Si comprende come questo sistema fosse esposto a gravi obbiezioni, e fu infatti vigorosamente combattuto dai deputati LELIÈVRE e THONISSEN (4), non potendosi ammettere che basti la sola volontà delle parti a cangiare il carattere giuridico di un'operazione, e la sua intrinseca natura.

Dopo lunga discussione, non riuscendo di mettersi d'accordo, si finì col sopprimere puramente e semplicemente la relativa disposizione.

(1) Annali Parlam. del Belgio, tornata del 1° febbraio 1870, 1869-70, pagine 378, 380 e seg.

(2) Art. 62. Les dispositions du présent titre sont applicables aux Sociétés ayant pour objet:

L'achat d'immeubles pour les revendre.

L'exploitation des mines, minières et carrières, *rendue commerciale par la volonté des parties.*

Le contrat de Société ecc., ecc.

(3) Art. 1. Les Sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet de faire des opérations de commerce.

Les parties peuvent, par leur volonté, rendre commerciales les Sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières, *et les Sociétés dont l'objet est l'achat des immeubles pour les revendre.*

Les Sociétés commerciales, ecc., ecc.

(4) Annali Parlam. del Belgio, tornata del 1° febbraio 1870, 1869-70, pagine 378, 380 e seg.

Non devesi però tacere che nella dottrina (1) e nella giurisprudenza (2) continuò la tendenza verso il concetto che gl'immobili non possano formare materia di atti e contrattazioni commerciali.

La scuola giuridica italiana con avveduta critica negli ultimi tempi più volte dimostrò che l'escludere sistematicamente gl'immobili dall'esser materia di *atti di commercio* fosse reliquia di un vecchio errore economico, e tentò d'indurre la giurisprudenza dei nostri Tribunali ad adottare la massima contraria (3).

Ma la giurisprudenza non osò accogliere l'ardito e ragionevole consiglio (4), ad eccezione di qualche raro caso (5); e nei più recenti giudicati, mentre si associò a' voti della scienza acciò la

(1) Namur, prof. a Gand, Cours de droit comm., tom. I, pag. 25, 26 e 126.

(2) Corte di Bruxelles, 21 aprile 1873 (*Pasicrisie Belge*, 1873, 2, 200).

(3) L'opinione comune che gl'immobili, secondo la vigente legislazione, non siano materia di atti di commercio è professata da Borsari, Codice di Commercio italiano annotato, parte I, pag. 38 — Albertazzi e Prasca, Codice di Commercio Albertino — Carnazza-Puglisi, Diritto commerciale, volume I, pag. 186 — Il professor Vidari tenne prima il medesimo avviso nell'Archivio Giuridico, 1870, pag. 99; ma lo stesso Vidari più tardi, dietro maggiori studii, mutava convincimento, ed in una importante monografia nel Giornale delle Leggi di Genova, vol. 3, pag. 116 e seg., dimostrava che i contratti che hanno per oggetto cose immobili possono essere commerciali. Tale opinione fu benanche manifestata dal Pescatore, Logica del diritto, vol. I, pag. 419 e 420, dall'Alianelli, Istituzioni di diritto commerciale, tom. IV, n. 41, e da altri: Revelli, Del Credito fondiario, delle Ipoteche e della Ricchezza, pag. 84 — Brancaccio, Dello stato del commerciante, n. 16 e 26. — Pozzolini, Del Carattere commerciale di alcune operazioni sugli immobili (Pisa, 1870).

(4) Camera dei Conti Subalpina, 11 gennaio 1830 (Bettini, 1850, parte 3, pag. 7) — Camera anzidetta, 11 gennaio 1850 (Bettini, 1850, pag. 148). — Magistrato di Appello di Torino, 4 dicembre 1852 (Diario Forense, 1853, 577) — Gran Corte civile di Napoli, 27 aprile 1855 (G. di N., n. 968). — G. S. di Napoli, 29 gennaio 1856 (G. di N. XI, n. 1068, 218). — Corte di Appello di Torino, 17 luglio 1863 (Caveri, Giur. comm., T. III, P. II, pagina 213) — Corte d'Appello di Parma, 12 aprile 1864 (Caveri, id., T. IV, P. II, pagina 131) — Corte d'Appello di Napoli, 18 gennaio 1871 (Ann. Giuris., V, II, 273) — Corte d'Appello di Torino, 25 aprile 1871, Gatteschi c. Merighi (Giuriati, continuazione del Bettini, 1871, 2, 293).

(5) Corte di Torino, 2 gennaio 1852 — Corte di Genova, 3 dicem. 1859

sana dottrina prevalesse in un novello Codice di Commercio, stimò che intanto non si potesse fondarla sopra una semplice interpretazione della legge esistente (1).

La quistione adunque non poteva sfuggire allo studio del legislatore, e per la sua importanza non dovevasi abbandonarla ulteriormente alle dispute de' litiganti ed alle titubanze dei magistrati. Era conveniente al pubblico interesse che fosse legislativamente decisa, arrecando sicurezza ad un genere di contrattazioni divenuto sempre più frequente.

Il Progetto la decide secondo i principii razionali, ed i fatti e bisogni reali del commercio. Senza arrestarsi a' contrari argomenti desunti dal testo positivo delle leggi anteriori, i quali perdono ogni valore quando si ricerca l'ottima legge da farsi, è certo che la proposizione di non potersi esercitare la speculazione commerciale sopra immobili ripugna alla ragione, altrettanto che alla quotidiana esperienza.

Qualunque sia l' essenza elementare della funzione commerciale, consista essa nel facilitare e moltiplicare i rapporti tra produttori e consumatori, o nel trasformare le materie prime della natura con l' industria umana, o nel creare nuovi valori mercè l' associazione dei capitali e del lavoro, è facile avvedersi che ormai codesta funzione può esercitarsi non meno sui mobili che sugli immobili, e che nello sviluppo della vita economica moderna anche la proprietà immobiliare non di rado addiviene istrumento operoso e fecondo di speculazioni commerciali. Basterebbero a darne pruova le non poche Società che si vennero formando in molte grandi città, di cui furono ampliate o in parte rifatte le edificazioni, le quali Società unicamente per compiere

— Tribunale di Commercio di Milano, 23 gennaio 1869 — Corte di Genova (Gazzetta dei Tribunali, 11 settembre 1875, n. 35) — Tribunale di Commercio di Genova (Giurisprudenza commerciale italiana, vol. X, pag. 11) — Ivi, vol. XIV, pag. 11.

(1) Corte d'Appello di Roma 22 febbraio 1875, De Reinach c. Weill-Schott (Giurisprudenza commerciale italiana, vol. XV, pag. 56) — Corte di Cassazione di Firenze nella stessa causa, 22 novembre 1875.

una considerevole speculazione commerciale assunsero il còmpito di comperare terreni per rivenderli, o in sezioni predisposte a ricevere le costruzioni, o già coperte di nuovi edifizi.

Nè importa che gl'immobili non possano trasportarsi da luogo a luogo, come se fosse questo un elemento essenziale di ogni operazione di commercio. Basta che anche gl'immobili si prestino alla circolazione, la quale alimenta la vita commerciale, e non di rado conferisce ad accrescere il valore di cambio della ricchezza, meglio appropriandola agli umani bisogni, o modificando i rapporti tra la offerta e la richiesta delle cose godibili.

È vano adunque tener dietro ad inveterati pregiudizi, o a sottigliezze giuridiche, dove è necessario che prevalga il fatto incontrastabile che la speculazione sulla circolazione degl'immobili è largamente entrata nelle consuetudini commerciali, ed è ubertosa di rilevanti profitti.

Nè punto sussiste che considerando talora gli immobili come materia di atti commerciali, si manomettano le disposizioni del Codice Civile, le quali nel pubblico interesse tutelano con speciali garentie la proprietà immobiliare. Imperocchè senza entrare nell'esame, se questa diversità di protezione non sia essa stessa una reliquia di pregiudizi di origine politica, proprii delle vecchie società e di civiltà da noi remote, ma in contraddizione col nuovo ordinamento civile ed economico delle società moderne; siccome attualmente la nostra legislazione civile, timida di troppo radicali innovazioni, tuttora richiede peculiari forme e mezzi di pruova nelle contrattazioni sui beni immobili, e d'altronde senza il benefico meccanismo del sistema ipotecario sarebbe resa impossibile la sicurezza del credito fondiario; il progetto ebbe cura di non pregiudicare lo scrupoloso mantenimento di codeste garantie, certamente compatibili con l'indole dell'atto commerciale, come ne fanno prova le disposizioni poco dissimili che regolano parimenti nel Codice di Commercio l'alienazione delle navi e le registrazioni e trascrizioni de'contratti che vi si riferiscono. (Pag. 31 a 36).

5. Non è però *atto di commercio* qualunque compra d'immobili per rivenderli, e tanto meno per affittarli. Si richiede come con-

dizione essenziale che l'operazione, o più comunemente una serie di operazioni consimili, per la loro natura ed estensione o per la destinazione degli edifici, ed in ogni caso per la intenzione delle parti, si propongano di realizzare il fine di un vera e notoria *speculazione commerciale,* del che rimangono giudici ed estimatori i magistrati.

Così la parola del legislatore adempirà i voti della giurisprudenza, e farà cessare in questa controversia le gravi incertezze che finora l'agitarono. (Pag. 36).

6. Una seconda modificazione, che mi sembrò necessaria nella enumerazione degli atti di commercio, si è apportata nel numero 7°.

Le *imprese di fabbriche e costruzioni* dal Codice Francese non furono annoverate tra gli *atti di commercio;* ma nel silenzio del Codice si elevò controversia fra gli scrittori e nella giurisprudenza in Francia, e più tardi anche nelle provincie italiane che avevano adottato l'enumerazione francese, se l'appaltatore di fabbriche fosse *commerciante*, e l'intrapresa di costruzioni un *atto di commercio.*

La dottrina e la giurisprudenza accolsero il sistema di considerare le imprese di fabbriche e di costruzioni come atti di commercio nel solo caso in cui l'imprenditore fornisse anche i materiali, perchè considerarono che in tal caso l'imprenditore rivendeva lavorati e posti in opera i materiali che aveva comperati per rivendere. In questo senso la quistione fu risoluta anche dalla Commissione speciale, che nel 1865 ha elaborato il Codice di Commercio ora vigente (1), in cui si qualificano atti di commercio « le imprese di fabbriche e costruzioni, se l'imprenditore provvede i materiali. ». E la identica disposizione leggevasi nel numero 6° del Progetto preliminare del novello Codice.

Ma questa disposizione ha dato luogo ad osservazioni critiche delle Camere di Commercio di Roma e di Parma e di giudiziosi scrittori, ed io mi sono convinto del loro razionale fondamento.

Invero, con la scorta dei principii economici e della pratica realtà,

(1) Processi verbali della Commissione del 1865 (Tornata 2 maggio 1865, n. 10, § IV, pag. 63).

è ben difficile di trovare la ragione della differenza, per cui debba considerarsi *atto di commercio* quello di un impresario teatrale, il quale, mediante un dato correspettivo, si accaparra l'opera di alcuni cantanti e suonatori per dare uno spettacolo pubblico, e debba invece considerarsi come *atto civile* quello dell'imprenditore, che, avendo assunto lo scavo di un canale od altra opera, senza bisogno od obbligo di apprestamento o somministrazione di materiali, impieghi a tale scopo l'opera del necessario numero di operai. Nè l'uno nè l'altro somministra al suo committente alcun materiale comperato coll'intenzione di rivenderlo, ma ambedue fanno certamente un *atto di commercio*, perchè anche l'opera umana, sia essa intellettuale o meccanica, costituisce un elemento di ricchezza, un fattore della produzione, che può essere oggetto di contratti, e quindi entrambi mirano precisamente a guadagnare la differenza fra il prezzo di compera del concorso individuale e dell'opera dei cantanti o degli operai, e il prezzo di rivendita costituito dal correspettivo dello spettacolo o dello scavo, che è divenuto l'oggetto del rispettivo contratto.

L'imprenditore di fabbriche o di costruzioni fa quindi in tutti i casi *atto di commercio*, e la soppressione della condizione relativa alla somministrazione dei materiali gioverà certamente a prevenire le erronee conseguenze, alle quali la giurisprudenza si trovò spesso indotta da quella inesatta disposizione. (Pag. 37 e 38).

7. Inoltre si sono distaccate dai n. 2° e 19° le eccezioni e le limitazioni, per le quali era negata la qualificazione di *atto di commercio* alla compra e vendita di derrate o merci, di obbligazioni dello Stato e di altri titoli di credito circolanti in commercio, allorchè la compra e la vendita avessero luogo pei bisogni della famiglia, e si stabiliva che l'assicurazione di cose, che non siano oggetti e stabilimenti di commercio, e l'assicurazione sulla vita, fossero *atti di commercio* rispetto all'assicuratore soltanto, e che le assicurazioni terrestri mutue non fossero atti di commercio, se non quando riguardassero oggetti o stabilimenti di commercio (1).

(1) Questo venne modificato dopo la Relazione Ministeriale, come si vede in appresso, al n. 28.

È sembrato più opportuno, come era proposto da una delle Camere di commercio (Venezia), che tali eccezioni formassero materia di un separato articolo, e furono quindi trasportate all'articolo 5. (Pag. 38 e 39).

8. Ma nella eccezione apportata al numero 2° si è giudicato conveniente di sopprimere le parole *obbligazioni dello Stato e titoli di credito*, sembrando ben fondato l'avviso della Camera di Commercio di Roma, che sarebbe dannoso esporre i contratti sulla rendita pubblica e sui titoli di credito alle incertezze ed agli indugi delle quistioni di competenza, e ragionevole l'attribuire per regola costante qualità commerciale alle contrattazioni di compra e vendita di questa specie di valori. (Pag. 39).

9. Si è benanche variato l'ordine della enumerazione, meglio classificando e dichiarando, separando e ravvicinando le diverse specie di atti di commercio, secondo la loro natura ed oggetto. Così si sono separate le imprese di trasporti da quelle di manifatture e di commissione, riunite queste ultime alle agenzie di affari e ad ogni altra operazione di mediazione in affari commerciali; si è chiarito che le imprese di trasporti sono commerciali tanto se riguardino il trasporto di cose quanto di persone; si sono cancellati i biglietti ad ordine sottoscritti da commercianti o dipendenti da causa commerciale, perchè nel nuovo Codice la cambiale da chiunque sottoscritta e per qualsivoglia causa è un atto la cui forma basta ad imprimerle sempre il carattere commerciale; infine si sono aggiunti tra gli *atti di commercio* i contratti di *riporto* sopra obbligazioni dello Stato od altri titoli circolanti in commercio, gli *ordini in derrate*, i *depositi* per causa commerciale, e quelli nei magazzini generali, e tutte le operazioni sulle fedi di deposito o sulle note di pegno sottoscritte dai medesimi, infine il *conto corrente* e l'*assegno bancario*, anche rispetto a persone non commercianti, se abbiano causa commerciale. (Pag. 39).

10. Se il legislatore con savio consiglio ha determinato gli *atti di commercio* dalla loro essenza e natura *oggettiva*, non doveva però interamente escludere anche il criterio *soggettivo* derivante dalla qualità delle persone, e negargli qualunque influenza. Lo ha

quindi adottato come *presunzione* della *commercialità degli atti*, allorchè questi si facciano da persone che esercitano per abituale professione il commercio, ammettendo tuttavia la possibilità di una pruova contraria. Tale è lo scopo dell'art. 4.

Nel Codice Francese (art. 632) la presunzione era più circoscritta, essendo limitata alle sole *obbligazioni* TRA *negozianti, mercanti* e *banchieri*, sì che non si potevano comprendere le contrattazioni dei commercianti, sebbene nel Codice stesso fosse ammessa la massima che gli atti potessero essere commerciali per una delle parti e non per l'altra.

Il Codice di Commercio italiano del 1865 perciò avvedutamente allargò l'angusto concetto, reputando *atti di commercio* « generalmente i contratti e le obbligazioni DEI COMMERCIANTI » (art. 3).

Ed il Codice del Belgio dopo l'ultima sua revisione, seguendone l'esempio, adottò la stessa locuzione « *toutes obbligations* DES *commerçants* » (art. 2).

Il Progetto preliminare ed il definitivo l'hanno a ragione conservata.

Ma due avvertenze si elevarono per censurare come inesatta ed incompleta la seguente formola del progetto preliminare: « Tale presunzione cessa nel solo caso che risulti altrimenti dall' atto stesso ».

La prima era questa, che stando al senso letterale dell'accennata formola, *tutte* indistintamente *le obbligazioni dei commercianti* cadrebbero sotto la presunzione della *commercialità*.

L'altra, che anche quando i commercianti facessero veri e proprii *atti di commercio*, potesse bastare a spogliarli degli effetti della *commercialità* una semplice dichiarazione contraria inserita nel contratto.

Ad escludere il primo inconveniente, nel Progetto definitivo si è limitata la presunzione soltanto a quelle *obbligazioni dei commercianti, che non sono di natura essenzialmente civile*. Infatti la giurisprudenza aveva già, applicando i principii del diritto, introdotta cotesta limitazione. Anche quando il contraente sia *commerciante*, il contratto matrimoniale, una divisione d'ere-

dità coi proprii coeredi, la vendita di un immobile estraneo allo esercizio del commercio, la stipulazione di un vitalizio, ed altri numerosi contratti che abbiano *natura essenzialmente civile*, certamente non la mutano; nè quindi possono soggiacere all'influenza della presunzione stabilita con l'art. 4. Ciò ora risulterà esplicitamente dal testo legislativo.

Quanto all'altro pericolo, cui in verità apriva adito la formola del Progetto preliminare, conforme a quella del vigente Codice di Commercio del 1865, è manifesto, che se a togliere a qualunque contratto ed obbligazione d'un commerciante la natura e gli effetti commerciali bastasse una esplicita dichiarazione inserita nell'atto stesso, cioè nel titolo che ne contiene la pruova, che non s'intende di fare *atto di commercio*, si aprirebbe il varco a facili e gravi frodi alla legge, perchè anche quando s'intraprendano operazioni di loro natura evidentemente commerciali, sottoposte nell'interesse generale del commercio alle speciali garentie e sanzioni del diritto commerciale, sarebbe posto nell'arbitrio delle parti di sfuggire a codeste sanzioni, ed alle conseguenze degl'inadempimenti commerciali, per esempio al fallimento, inserendo nell'atto la clausola anzidetta.

Tale non è, nè potrebbe essere l'intendimento del legislatore. Quegli atti, che per loro natura sono *atti di commercio* in qualunque persona, secondo l'enumerazione dell'art. 3, lo sono tanto più allorchè si fanno da persone *commercianti*, e qualunque dichiarazione contraria inserita nel titolo non avrebbe efficacia di mutarne l'essenza, e di sottrarli all'impero delle leggi e delle usanze commerciali.

La presunzione adunque non può ricevere applicazione fuorchè a quegli atti o contratti, i quali per loro natura potrebbero costituire semplici atti civili, ovvero, secondo le circostanze o le intenzioni dei contraenti, appartenere all'una od all'altra specie. Tali atti, diversi da quelli enumerati nell'art. 3, allorchè siano esercitati da *commercianti*, traggono dalla sola qualità delle persone e dal loro esercizio abituale del commercio la presunzione di aver *natura commerciale*, ma questa presunzione deve

cessare in cospetto ad un'aperta dichiarazione, in tal caso non ripugnante alla natura e qualità dell'atto medesimo. A significare un tale concetto, nel Progetto definitivo vedesi introdotta la presunzione soggettiva soltanto rispetto agli ALTRI CONTRATTI, cioè a quelli che non sono contemplati nell'enumerazione dell'art. 3. (Pag. 40 a 42).

11. Un ultimo dubbio sorgeva dal dissenso tra gli avvisi della Facoltà di giurisprudenza di Pisa e quella di Torino, la prima delle quali, favorevole a lasciare alla presunzione la massima estensione, proponeva che essa cessar dovesse unicamente in virtù di un'espressa dichiarazione contraria scritta nel titolo delle obbligazioni, mentre l'altra avvisava essere preferibile che la medesima, al pari di ogni altra presunzione *juris*, potesse essere distrutta da qualsiasi pruova contraria. Quest'ultima ampiezza sembra ammessa nel Codice del Belgio, ove la clausola è così concepita: « a *meno che non sia provato che esse* (le obbligazioni dei commercianti) *abbiano una causa estranea al commercio* ».

Ma si è considerato, che ammettendo liberamente qualunque specie di pruova contraria alla presunzione di commercialità, ne deriverebbe l'effetto di restringerne a ben rari casi l'efficacia, e peggio ancora di suscitare quasi sempre nei giudizi commerciali eccezioni ed indagini preliminari sulla natura e lo scopo dell'atto per derivarne la competenza e le altre conseguenze giuridiche, e, per l'indole inevitabilmente incerta e variamente estimabile delle pruove da raccogliersi, sarebbe condannata sistematicamente una gran parte degli atti commerciali alla pericolosa incertezza dei litigi. Si è perciò mantenuto il concetto più sicuro e determinato, che la presunzione cessi soltanto allorchè la pruova contraria alla commercialità risulti dall'atto stesso.

Senonchè queste espressioni, sostanzialmente conformi a quelle che leggonsi nell'art. 3 del Codice vigente, « *se l'atto stesso non dimostra che non hanno causa commerciale* », hanno manifestamente un significato più largo di una *espressa dichiarazione dell'atto* esclusiva della sua commercialità. Anche senza una di-

chiarazione di tal sorta, è lecito al magistrato il desumere dall'oggetto e dalle clausole del contratto la vera intenzione delle parti, e sentenziare se dall'atto stesso risulti quanto basta ad escludere la presunzione della commercialità. (Pag. 42 e 43).

12. L'art. 6 (del Progetto, ora 7 del Codice) è stato da me per la prima volta aggiunto nel Progetto definitivo. In esso è decisa una delle quistioni più ardue e controverse nella giurisprudenza commerciale, sulla quale erano muti non meno il Codice vigente che il Progetto preliminare, e che attende ancora la sua soluzione in quasi tutte le altre legislazioni, ad eccezione del recente Codice di Commercio Ungherese.

Lo Stato può fare *atti di commercio*, e facendoli, si rende *commerciante*, o per lo meno si assoggetta alle speciali regole delle leggi e degli usi commerciali? Deve dirsi altrettanto delle Provincie, dei Comuni, dei pubblici Stabilimenti?

Finchè la qualificazione degli *atti di commercio* era la conseguenza della *professione commerciale*, e d'altra parte era male determinata la nozione delle attribuzioni dello Stato, considerato quasi esclusivamente come gran giustiziere investito dell'ufficio di tutelare e garantire i diritti, è facile comprendere come non sapesse concepirsi a cotali domande una risposta affermativa.

Più tardi, allorchè nel diritto commerciale si venne svolgendo il concetto *oggettivo* degli atti di commercio desunto dalla loro natura, ed una nozione meno incompleta, forse anche esagerata, si venne formando delle funzioni dello Stato, la dottrina e la giurisprudenza si divisero in opposte sentenze.

Agli occhi di molti lo Stato esiste ed opera unicamente e costantemente per fini a lui proprii. In ogni istante egli non fa, malgrado l'immensa varietà dei suoi atti e procedimenti, che compiere la sua missione di pubblica utilità; esso non specula, non si propone uno scopo di lucro, rimane al di fuori del movimento commerciale, e quindi non fa nè può fare atti di commercio, e tanto meno abdicare alla propria essenza facendosi *commerciante*. Coi mezzi di cui dispone può agevolare e favorire il commercio, ma la sua azione è sempre protettrice, non mai in-

spirata da uno scopo mercantile. In quest' ordine d' idee, tutte quelle operazioni che nei privati individui sono qualificate atti di commercio, nello Stato sono e rimangono sempre atti di governo e di pubblica amministrazione, incapaci perciò di sottostare alla legge ed alla competenza commerciale. Conseguentemente ovunque in codeste operazioni intervenga lo Stato, nè i Tribunali Commerciali possono spiegare la propria giurisdizione, nè il Codice di Commercio esercitare influenza.

Questa massima, insegnata in Francia dal PARDESSUS tra gli altri (1), ed approvata da antiche decisioni di quella Corte di Cassazione (2), è stata in un gran numero di casi applicata, e con rigore, dalla Corte di Cassazione di Torino (3) e da alcune delle nostre Corti di Appello (4).

Altri invece, considerando il complesso dei fatti economici che si svolgono nella vita delle nazioni, vedono investiti dai fenomeni e dall'attività economica tutti indistintamente gli elementi della vita pubblica e privata di ciascun popolo. Questi fatti sono necessariamente la manifestazione dell'essenza delle cose, indipendentemente dalle persone morali o naturali da cui si compiono. È un errore considerare lo Stato e la società come due enti così

(1) « Si les acheteurs sont des préposés commissionnés par lui (il governo), ou par une administration qu'il ait créée, leurs achats ne sont point actes de commerce, car ils n' achètent point pour fournir : *c' est le gouvernement qui achète par eux, et le gouvernement n' est présumé acheter que pour ses besoins* » (PARDESSUS, Cours de droit commercial, numeri 12 e 21). Lo stesso PARDESSUS, trascorrendo più oltre, aggiungeva: « Si dans le but de fabriquer un papier timbré inaltérable, ou d' en prévenir la contrefaçon, l'administration publique créait une papeterie pour le compte de l'Etat, cette manufacture ne nous paraîtrait pas constituer un établissement commercial » (n. 35).

Ma essendosi presentata questa quistione alla Corte di Cassazione di Francia, essa si pronunziò in senso contrario nel 7 marzo del 1828.

(2) Cassaz. Franc. 13 piovoso anno VIII, e 8 messidoro anno XI.

(3) Cassazione di Torino, 25 aprile 1873.

(4) Corte d'Appello di Bologna 12 settembre 1868 (Ann. di Giur. Ital., II, 2, 363).

profondamente separati e distinti da perdere di vista la identità delle persone che nella loro unione collettiva li costituiscono, benchè riguardate sotto due diversi punti di vista. È impossibile che lo Stato rimanga estraneo alla vita economica della Nazione ed al suo progressivo sviluppamento. Non trattasi di sconoscere il fine elevato e nobilissimo dello Stato, ma non è possibile dimostrare che questo fine sia abbandonato, e che lo Stato abdichi la propria essenza, laddove anche per adoperare mezzi conducenti al fine medesimo, discenda nella vita degli affari e delle contrattazioni commerciali, ed eserciti atti d'industria per meglio conseguire il benessere sociale. D'altronde come si può negare ciò che cade quotidianamente sotto i nostri occhi nelle condizioni odierne dei governi civili? Lo Stato costruisce ed esercita le ferrovie, sottoscrive titoli cambiarii, emette titoli al portatore, assume, con evento di lucro e perdita, intraprese industriali. Forse codesti atti mutano la loro intrinseca natura, e più non abbisognano delle speciali garentie richieste dalla loro indole, perchè siano compiuti dallo Stato, e non da privati individui?

Quindi, specialmente nella moderna scuola germanica, il THÖL e l'ENDERMANN non ebbero ritegno di professare la dottrina che lo Stato non solo può fare *atti di commercio*, bastando la *esteriore apparenza d'un' industria commerciale*, senza ricercarne i motivi impellenti, ma può anche senz'altro essere riguardato come *commerciante* (1).

Un altro dotto scrittore, il GOLDSCHMIDT, ciò ammette con una distinzione, affermando che lo Stato, come tale, per esempio l'Im-

(1) « L'opinione che lo Stato non possa essere *commerciante*, non può essere validamente sostenuta » (THÖL, Trattato di diritto comm., vol. I, pag. 90). — Sentenza del Supremo Tribunale di Comm. di Lipsia, 20 gennaio 1874 (vol. 12 della Raccolta, pag. 311).

L'ENDERMANN dice esplicitamente: « Secondo il Codice di Commercio, è *commerciante* chi esercita abitualmente *atti di commercio*; quindi lo sono anche lo *Stato*, le Società e Corporazioni, quando esercitano abitualmente il commercio » (Das deutsche Handelsrecht, 1876, pag. 55).

pero Tedesco, non può mai diventare *commerciante*, ma può esserlo come *amministrazione* (1).

La giurisprudenza di un'altra Corte di Cassazione Italiana non osò tanto, ma giudicò che lo Stato può fare *atti di commercio*, pei quali si assoggetta alla competenza ed alle leggi commerciali. In tal senso giudicò nelle imprese per fabbriche o restauri di edifizi (2), ed anche nei casi in cui lo Stato comperasse grani per rivenderli in previsione di carestia (3).

Esaminando la quistione generale con la guida dell'osservazione dei fatti ed al lume dei principii, è necessità riconoscere, che non debbono confondersi *la qualità di commerciante* con la semplice capacità di fare isolati e speciali *atti di commercio*. Anche tra gli individui, l'impiegato, il medico, l'avvocato, possono fare, e talvolta fanno *atti di commercio*, quali sono enumerati nell'articolo 3 del Progetto, e non per questo essi cessano d'essere quello che sono, nè cambiano la loro qualità in quella di *commercianti*. Ed appunto perchè non divengono *commercianti*, non s'espongono alle obbligazioni e conseguenze dipendenti dalla qualità di *commerciante* e principalmente a cadere in fallimento. Però gli *atti di commercio* da loro compiuti rimangono soggetti all'applicazione delle leggi e delle usanze commerciali. E se ciò avviene allorchè gli *atti di commercio* si fanno da individui *non commercianti*, perchè dovrebbesi decidere diversamente allorchè siano fatti dallo Stato, tuttochè non sia nè possa essere commerciante? La natura intrinseca dell'atto è sempre la stessa, e reclama le protezioni e le benefiche garentie speciali introdotte nel diritto commerciale.

Pretendere che lo Stato non faccia mai, a ragione della sua qualità, *atti di commercio*, o che facendoli, non debbano questi

(1) GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrecht, 1874, pag. 490.

(2) Corte di Cassazione di Napoli 10 marzo 1873.

(3) Corte di Cassazione di Napoli 11 marzo 1873, in conferma di simile sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 31 gennaio 1873. — Nello stesso senso giudicò nuovamente la Corte di Cassazione di Napoli con sentenza dell'11 marzo 1876. — Non mancano tuttavia alcuni casi decisi sotto l'influenza di principii diversi.

venir regolati dalle leggi o dagli usi del commercio, sarebbe una massima non di rado pregiudizievole ai suoi medesimi interessi, spogliandolo senza ragione di utili protezioni, facilità e favori.

Col criterio dell'accennata distinzione a me quindi parve potersi convenientemente risolvere la proposta controversia.

Reputai però difettosa la seguente formola adoperata nel recente Codice di Commercio Ungherese, che volle pure risolverla: « *A riguardo dello Stato il quale esercita* atti di commercio, *si applicano le medesime disposizioni concernenti* LE PERSONE DEI COMMERCIANTI (§ 2) ». Questa confusione dell'*atto di sua natura commerciale* con le *obbligazioni personali proprie dei commercianti* potrebbe dar luogo ai temuti inconvenienti, fino al pericolo di vedere uno Stato giudizialmente dichiarato *in istato di fallimento.*

Mi parve potersi concepire più correttamente la formola legislativa dell'art. 6 (ora 7), in modo da schivare ogni eccesso o pericolo, dichiarando che « lo Stato, le Provincie ed i Comuni non » possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare » atti di commercio, i quali rimangono soggetti alle leggi ed agli » usi commerciali ».

Come si vede, la soluzione della quistione data relativamente allo Stato, si applica benanche alle Provincie ed ai Comuni, che sono parimenti istituti di pubblico diritto, dotati d'essenza e fine proprio, e rispetto ai quali sorgerebbero le medesime ragioni di dubitare.

Non si volle però aggiungere ad essi gli *stabilimenti pubblici*, non ripugnando al certo alla natura e costituzione di alcuni tra i medesimi la qualità di *commerciante*, come basterebbero a darne esempio le Banche di Stato.

Certamente lo Stato, la Provincia, il Comune sono sempre quello che per la loro essenza ed il loro fine debbono essere, nè possono mai cessare di esser tali. Qualunque atto speciale ed accidentale della loro vita non può alterare la natura intima e perenne di questi grandi istituti sociali. Ma l'unica conseguenza che da ciò può trarsi è che lo Stato, la Provincia ed il Comune, se per lo stesso adempimento dei loro fini sono talvolta obbligati ad assu-

mere imprese di carattere commerciale, come la sottoscrizione di cambiali, la costruzione di pubblici lavori, l'esercizio di trasporti ferroviari, non mai per questo divengono *commercianti*, nè sostituiscono questa qualità e questa professione alla loro propria qualità permanente ed indistruttibile. (Pag. 43 a 48).

Relazione della Commissione Senatoria.

13. Vi è stato chi avrebbe desiderato che le prime parole dell'art. 3 venissero modificate per modo da escludere che gli atti quivi indicati fossero tassativi. La Commissione ha considerato che sebbene la enumerazione degli atti di commercio si trovi in tutti i Codici, la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre ritenuto che non fosse tassativa, ma che indicasse piuttosto dei generi sommi, ai quali potessero aggrupparsi altri atti non specificamente indicati nella legge; la stessa Relazione Ministeriale include eguale concetto. Ha poi considerato che ogni dubbio sembrava rimosso dall'art. 4, ov'è detto reputarsi atto di commercio ogni altro contratto ed obbligazione dei commercianti, che non siano di natura essenzialmente civile (1).

14. Più grave è l'altro rilievo sul n. 3 dello stesso articolo, ov'è data la qualifica di atti commerciali alla compra e vendita d'immobili a scopo di speculazione: si è dubitato essere immatura la disposizione, e ad ogni modo è sembrato che provveda abbastanza l'art. 223 (2), il quale attribuisce certi effetti commerciali alle società civili che assumono le forme delle Società commerciali.

Finora era stato ritenuto che uno dei caratteri principali delle operazioni commerciali fosse quello di avere per subbietto cose mobili, mentre gl'immobili non si ritenevano suscettibili di circolazione; ma questa massima, pure adottata dalla maggioranza degli scrittori, non era da tutti accolta.

(1) Atti Parlamentari, Senato del Regno, Sessione del 1880. Documenti, ecc. n. 3-*a*, pag. 9.

(2) Del Progetto, ora art. 229.

La disposizione mira a togliere la scissura e ad indicare ai Tribunali un criterio certo: nè la misura adottata è sembrata alla Commissione da variare, visto che veramente oggi molteplici associazioni di commercianti con capitali presi dal commercio si formano per attendere a compra o a costruzione d'immobili per rivenderli, o a coltivazione di miniere; che le Società relative assumono forme commerciali ed emettono titoli di azioni e di obbligazioni; che il credito fondiario emette pur esso numerose obbligazioni; che questa massa di titoli mobilizzano in certo modo la proprietà immobiliare, e danno luogo alle identiche contrattazioni e circolazioni degli altri titoli di Società commerciali e di debito pubblico, le quali indubitatamente e senza contrasto, si ritengono costituire operazioni commerciali.

Poteva apparire di qualche gravità per sciogliere siffattamente la quistione il rilievo che la proprietà immobiliare si connette necessariamente col sistema ipotecario creato per quella, e dà luogo a giudizi di espropriazione coatta, e che esistendo tuttora tra noi alcuni Tribunali di Commercio, non apparisse conveniente investirli delle dispute ipotecarie e di espropriazione; ma si è osservato che tali questioni ricorrendo, i Tribunali di Commercio dovrebbero rinviarle con le relative procedure ai Tribunali Civili, siccome avviene appunto quando in giudizi commerciali sorgono dispute che escono dalla competenza del Tribunale consolare (1).

15. Al n. 5° dell'articolo la Commissione vi propone di sostituire « le compre e le vendite delle *quote* o azioni di Società commerciali ». L'aggiunta delle *quote* le apparisce resa indispensabile dall'essere esclusa la necessità della divisione in azioni del capitale della Società anonima (art. 76, n. 3), e dall'aggiunta proposta dal Ministero all'art. 84 del Progetto di legge già votato dal Senato (2).

16. Relativamente al n. 10, ove sono indicate le imprese editrici, tipografiche o librarie, si dubita che la parola *tipografiche* possa

(1) Ivi, pag. 9 e 10.
(2) Ivi, pag. 10.

dar luogo ad equivoci. Ma se si considera che editore è chi pubblica un libro od un'opera, anco senza essere tipografo o libraio, ma valendosi del primo per la stampa e del secondo per lo smercio; che tipografo è chi esercita la professione di comporre con caratteri mobili, libri od altri stampati; libraio chi compra libri per rivenderli, facilmente si rileva che le tre professioni, per quanto talvolta si uniscano in tutto od in parte in un solo individuo, possono essere separate, e quindi è conveniente enumerarle tutte (1).

Relazione della Commissione della Camera dei Deputati.

17. Nell'enumerazione degli atti di commercio il Progetto non comprende i biglietti all'ordine sottoscritti da commercianti o dipendenti da causa commerciale, imperciocchè, ripudiato l'antico sistema cambiario, la cambiale, da chiunque sottoscritta e per qualsivoglia causa, è un atto la cui forma basta ad imprimerle sempre il carattere commerciale (2).

Commissione del 1869.

18. Relativamente all'ordine della enumerazione degli atti di commercio, « il Presidente osserva che meditando sugli esempi di atti di commercio che si leggono così nel nostro Codice che in quello di altre nazioni, è chiaro che sotto la parola *commercio* si comprendono così l'industria degli scambi, come la manifattrice e quella dei trasporti: sono pure considerati atti di commercio alcuni atti ausiliari di dette industrie, come la senseria: con ciò parve a lui poter giustificare i mutamenti che la Sotto-Commissione ritenne poter operare quanto all'ordine complessivo, e gli pare che non siasi perduto di vista quell'ordine logico che nella grande

(1) Ivi, stessa pagina.

(2) Atti Parlamentari, Legislatura XIV, Prima Sessione (1880), n. 104-A, pag. 6 e 7.

varietà dei casi si presentava possibile, col raggruppare nei primi numeri quegli atti che possono cadere sotto il concetto generale degli scambi e delle manifatture, nei numeri successivi quelli relativi ai trasporti, e negli ultimi i contratti coadiutori al commercio... ». (Verb., n. 124).

19. Sulla proposta che era stata fatta, « che sia aggiunta una espressa dichiarazione che comprenda fra gli atti di commercio *i pegni e le fideiussioni per cause commerciali*, la Commissione, ritenuto che i contratti accessori seguono la natura del contratto principale, la respinge come superflua ». (Verb., n. 145).

20. Relativamente ai n. 1° e 2° dell'art. 3 si fecero le seguenti osservazioni e discussioni.

Nella prima tornata del 22 ottobre 1869 « il prof. Carnazza-Puglisi osserva che il commercio ha la tendenza di mobilizzare ciò che è immobile per aumentarne colla circolazione il valore, e di materializzare ciò che è immateriale, per poterne operare la trasmissione e lo scambio. — Procedendo in questa serie d'idee, l'esponente si trova condotto alla conclusione che la compra e la vendita dei titoli del debito pubblico debba considerarsi atto di commercio, e debba quindi comprendersi nella enumerazione del Codice. — Ma la Commissione escludendo che quei titoli siano di natura commerciale, e considerando quanto agevolmente e frequentemente sieno oggetto di contrattazioni ordinarie, non trova di accogliere la proposta ». (Verb., n. 76 e 77).

Nella seconda tornata poi del 21 aprile 1870 « il Presidente ricorda il dubbio altra volta elevatosi, se la compra o la vendita dei titoli del debito pubblico costituisca un atto di commercio. Ricorda pure che la quistione fu agitata anche recentemente dalla giurisprudenza, ed osserva che introducendo la distinzione fra la compra fatta per iscopo di rivendita e quella fatta per motivo diverso, potrebbesi adottare una formula che sciogliesse le difficoltà. — Il senatore Cabella osserva... che nella contrattazione dei titoli del debito pubblico di null'altro si tratta che dell'acquisto di un'azione creditoria verso lo Stato, e tale affare comincia allora solo ad assumere carattere commerciale, quando nell'acquisto esista

lo scopo della rivendita e del conseguente profitto. — Accettando queste idee il dott. LAMPERTICO osserva che sebbene sotto il più vasto concetto della parola *merce*, l'operazione di chi compra titoli del debito pubblico potrebbe forse essere compresa nell'espressione del n. 1° dell'articolo in discussione, tuttavia ciò può dar luogo a grave dubbio. Considerando inoltre che il bisogno di una più esplicita dichiarazione si è manifestato anche alla Commissione che discusse a Norimberga il Codice di Commercio germanico, che ne fece esplicita dichiarazione nell'art. 271, sembra all'esponente di dover proporre che al detto n. 1° si aggiunga eguale menzione, aggiungendovi anche per parità di ragione gli altri titoli di credito circolanti in commercio. — Il prof. CARNAZZA-PUGLISI osserva che nelle operazioni aventi per oggetto i titoli del debito pubblico esiste sempre un elemento di speculazione, e quand'anche esse siano fatte per l'investita del proprio danaro e senza scopo di rivendita, si avrà sempre un impiego in cosa suscettibile di variazione, sicchè a quell'affare è essenziale l'idea della speculazione, e quindi quella della commercialità dell'atto: perciò l'esponente si troverebbe condotto a ritenere che sia necessario di eliminare il requisito dello scopo di rivendita; ma sull'osservazione del senatore CABELLA, che la variabilità del valore è comune a tutte le merci, e che non per questo alla commercialità di una compra di merci si richiede meno l'intenzione di rivenderla, la Commissione accetta la proposta LAMPERTICO ». (Verb., n. 123).

21. Nella detta tornata « sopra proposta del prof. VIDARI, la discussione è portata sull'idea già manifestata dal PRESIDENTE, che anche la vendita di merci state comperate da chi non è commerciante, con intenzione di rivenderle, costituisca un atto di commercio. Sebbene a questa conclusione debba portare anche attualmente l'interpretazione del n. 1° dell'art. 2 del Codice di Commercio, ciò diede però luogo a quistioni, ed il proponente ritiene opportuno che nella revisione del Codice vi si provveda. Il PRESIDENTE aderisce a quest'idea . . . , e la Commissione approva »; e nella tornata del 23 maggio susseguente, il PRESIDENTE dopo di aver richiamata la deliberazione suaccennata, disse che « la stessa aggiunta sem-

brerebbe opportuna anche al n. 2° dell'articolo in esame per identità di motivo, giacchè ciò che vale per la compra con intenzione di rivendere, deve valere per la vendita di ciò che fu acquistato con tale intenzione, e la Commissione accoglie l'idea . . . ». (Verb., n. 121 e 329).

22. Sul n. 4° ancora dell'art. 3 importa notare, che la Commissione del 1869 dopo avere deliberato di doversi nel nuovo Codice tenere in considerazione i nuovi fatti economici che consistono nei contratti di riporto, che hanno acquistato grandissima importanza ed estensione, e di esprimervi almeno quelle poche regole intorno alle quali possa adottarsi un concetto preciso, e dopo di aver pure deliberato in conseguenza di ciò di far parola di tali contratti nella enumerazione degli atti di commercio, li aveva compresi nel n. 1° dello stesso art. 3; e poi venne approvato l'attuale apposito capoverso per le seguenti osservazioni del PRESIDENTE della prima Commissione: « Il contratto di riporto, secondo il concetto ad esso attribuito nelle disposizioni approvate al n. 871 Verb. è certamente atto di commercio, tanto per colui che dà i titoli a riporto, quanto per quello che li riceve e sovviene il danaro, nè la Commissione intese di stabilire una distinzione fra l'uno e l'altro. Ma essendosi fatta menzione di quel contratto nella disposizione che riguarda le compere commerciali, e non in quella che accenna alle vendite, potrebbesi elevare il dubbio se il contratto di riporto sia atto di commercio anche per colui che si spoglia della proprietà dei titoli per trasferirla in colui che li riceve, ed è opportuno che tale dubbio sia prevenuto ». (Verb., n. 409, 410 e 887).

23. Sul n. 5° dell'articolo medesimo « il senatore CABELLA mette in luce perchè la Commissione del 1865 abbia compreso fra gli atti di commercio le compre e le vendite delle azioni di Società commerciali. In esse concorrono due operazioni che hanno carattere commerciale, tanto per chi vendendo, scioglie per parte sua i rapporti che lo legano alla Società commerciale, quanto per chi, comprando l'azione, contrae eguali rapporti ed entra nella Società ». (Verb., n. 123 e 330).

24. Sul n. 11° del progetto della Sotto-Commissione, che dichiarava atti di commercio *tutte le obbligazioni contratte in via cambiaria e quelle ad esse assimilate dalla legge*, il prof. Vidari propone il dubbio, se veramente tutte le obbligazioni cambiarie debbano qualificarsi per atti di commercio. Egli osserva che assai soventi la cambiale funge di mezzo di pagamento in rapporti contrattuali affatto estranei al commercio. Uno studioso compera dei libri, e non volendo pagarli a pronti contanti, rilascia una cambiale. Ora che abbiamo eliminato il carattere di documento comprovante il cambio traiettizio ed abbiamo ridotta la cambiale alla condizione di semplice obbligazione letterale, ogni carattere commerciale è sparito, e non vi è quindi ragione perchè l'atto cambiario debba considerarsi per sè solo rivestito della natura di atto di commercio.

Il comm. Corsi, non dissimulandosi la gravità della quistione, osserva che in appoggio dell'idea accennata dal prof. Vidari sta il fatto che in Germania la legge di cambio non è compresa nel Codice di Commercio, locchè potrebbe spiegarsi con questo, che gli effetti speciali attribuiti alla cambiale siansi ritenuti indipendenti affatto dalla natura di atto di commercio. Se ciò non fosse, potrebbe facilmente accadere che un privato, il quale mai fece un atto di commercio, ma rilasciò parecchie cambiali per affari puramente civili, venisse per ciò solo ritenuto commerciante e sottoposto alle conseguenze che riflettono i commercianti, tra le quali quelle del fallimento.

Queste idee trovano opposizione per parte del Presidente, del senatore Cabella, del comm. Mancini, del cons. Sellenati, del prof. Carnazza-Puglisi, del comm. Bruzzo e del dott. Lampertico, i quali sostanzialmente osservano: che la natura commerciale è insita nella qualità di titolo di credito eminentemente destinato alla circolazione, che appartiene indubbiamente alla cambiale; che il beneficio principale che si ebbe di mira nello estendere l'efficacia del titolo cambiario, consiste nell'aver eliminata ogni distinzione fra i titoli cambiari di natura civile e quelli di natura commerciale, sottoponendoli tutti alle gravi conseguenze

della competenza speciale, della solidarietà e dell'arresto personale, finchè e qualora quest'ultima istituzione sussista; che motivi particolari di locale opportunità impedirono che la legge di cambio venisse compresa nel Codice di Commercio germanico, il quale però accenna di averla come sua parte integrante col riferirsi ad essa e nell'art. 2 e nell'art. 305; che allo scopo di sopprimere ogni differenza fra il titolo cambiario di natura civile e quello di natura commerciale, venne dichiarata non più necessaria la indicazione della *causa debendi;* che infine il pericolo accennato riguardo ad un debitore cambiario per affari puramente civili, o non sussiste perchè difficilmente potrà ritenersi in tal caso l'abitualità dell'esercizio di atti di commercio, o se sussistesse, sarebbe una conseguenza spontaneamente voluta da chi prescelse quel modo di obbligazione e ne fece uso con tanta frequenza, sebbene dovesse conoscerne le conseguenze, forse perchè volle profittare di benefici che senz'essa non avrebbe ottenuti.

Il prof. VIDARI soggiunge che in questo modo si confondono i caratteri economici del titolo cambiario colla forma estrinseca e col rigore delle conseguenze che vi sono annesse, ma queste non possono modificare la natura dell'atto, e la natura commerciale è certo indipendente dalla qualità di titolo circolante, se anche la legge francese del 1865 tolse perfino allo *chèque* l'indole commerciale.

A ciò si oppone dal comm. MANCINI che la legge francese è in armonia colla legislazione ivi vigente in affari cambiari ed ebbe per iscopo di costituire per lo *chèque* una condizione eccezionale, e che nell'argomento di cui si tratta conviene aver riguardo al carattere determinato dalle conseguenze giuridiche dell'atto cambiario, che hanno appunto per iscopo di attuarne il concetto economico, che è quello di costituirne un titolo di credito individale di sicura efficacia.

Chiusa la discussione, la Commissione approva il n. 8° (ora 12°) come era stato proposto, e che in altra tornata venne modificato nella forma attuale. (Verb., n. 128 e 387).

25. Relativamente al n. 21°, sempre dell'art. 3, che dichiara

atti di commercio le imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari, si osservò che la espressione *imprese* « potrebbe far nascere il dubbio se un solo contratto di commissione sia atto di commercio . . . ». Esaminata largamente tale quistione, la Commissione delibera che nessuna modificazione sia necessaria, in quanto che la locuzione generale che sono atti di commercio le *imprese di commissioni*, ecc., non può escludere che anche un solo affare di commissione commerciale sia per sè stesso un atto di commercio. (Verb., n. 141 in fine).

26. Il n. 23° che dichiara atti commerciali i depositi per causa di commercio fu aggiunto dalla Commissione su proposta dal comm. MANCINI, il quale osservò « che il deposito commerciale è rivestito di certi caratteri che lo distinguono sostanzialmente dal deposito di diritto civile, e specialmente il deposito eseguito presso i magazzini generali o presso altri stabilimenti a ciò destinati per scopo commerciale, fu sempre ritenuto rivestito di carattere commerciale ». (Verb., n. 141 in princ.).

Ed il n. 24° ed ultimo, ancora dell'art. 3, che dichiara atti di commercio i depositi nei magazzini generali e tutte le operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno rilasciate dai medesimi, venne aggiunto nella tornata dell'11 giugno 1870 su proposta del PRESIDENTE della Commissione, il quale osservò quanto segue: « Intorno a questo proposito merita uno speciale riguardo la recente discussione del Senato (intorno al Progetto sui magazzini generali, divenuto poi la Legge del 3 luglio 1871), perchè, mentre l'art. 32 del Progetto ministeriale dichiarava atti di commercio tutte le operazioni relative ai depositi nei magazzini generali, l'emendamento proposto dall'Ufficio centrale, nel senso che la commercialità ne sia stabilita assolutamente nei soli riguardi dei magazzini, e nei riguardi dei terzi contraenti solo in quanto riuniscono i caratteri indicati dagli art. 2 e 3 del vigente Codice di Commercio, venne respinto dopo una diffusa discussione, che dimostra l'alta importanza di tale quistione. Quanto al merito di essa, il PRESIDENTE non esita ad associarsi al concetto del Progetto ministeriale ritenuto dal Senato, e quindi essendo già compresi

nell'enumerazione degli atti di commercio i depositi per causa di commercio, propone che vi s'inseriscano anche gli affari dei magazzini generali.

Il prof. VIDARI riportandosi al parere espresso in altra occasione riguardo alle cambiali (n. 128, Verb.), si oppone alla proposta dichiarazione, mentre a suo avviso i depositi nei magazzini generali possono essere anche atti puramente civili, ogni qualvolta manchino dei caratteri intrinseci che servono a qualificare l'atto di commercio.

Il comm. CORSI si associa alla proposta del PRESIDENTE, osservando che il ritenere gli affari dei magazzini generali atti di commercio è di somma importanza nei riguardi della giurisdizione.

La Commissione . . . approva l'aggiunta. (Verb., n. 441).

Discussione alla Camera dei Deputati.

27. Gli acquisti e le vendite di bestiame in fiera da chi non sia commerciante hanno dato luogo a discussione sul dover essere considerati, ovvero no, atti di commercio.

Il deputato ZUCCONI osservò, che mentre nell'art. 3 si va ad accrescere le categorie degli atti di commercio, e si estende in certi casi la natura di atti commerciali anche ai contratti di immobili, si tralascia poi di qualificare come contratti d'indole commerciale gli acquisti e le vendite del bestiame fatti in fiera.

L'onorevole ministro sa come fin quì questi contratti, in forza del nostro sistema probatorio, sono stati considerati come atti di natura civile, per modo che le supreme Corti del regno hanno ritenuto non potersi questi stessi contratti stabilire con prove testimoniali.

Gli effetti di questa dottrina, che trova la sua giusta e ragionevole base nelle leggi civili sulle prove, sono esiziali pel nostro commercio di bestiame e per la nostra agricoltura. Questa dottrina vale a togliere affatto l'elemento della buona fede che fin qui è stato il cardine delle nostre contrattazioni nelle pubbliche fiere. Chiunque ha

cognizione del modo con cui si concludono questi contratti nelle fiere e nei mercati, sa come riesca difficile e spesse volte impossibile fornirsi lì per lì d'una prova scritta, tanto più che questi contratti intervengono fra coloni e coloni, nella classe dei quali si enumerano moltissimi analfabeti. Si sperava dapprima che la giurisprudenza servisse in certo modo a questo bisogno, applicando l'articolo 1348 del Codice Civile; ma disgraziatamente le ultime decisioni delle Corti hanno fatto perdere anche questa speranza: urge quindi il provvedere in qualche modo perchè la buona fede nei mercati sia tutelata, annoverando i contratti di bestiame fatti in fiera e nei mercati fra gli atti di commercio, da potersi portare in giudizio con il mezzo dei testimoni.

È vero che la legislazione commerciale, nel qualificare un atto di commercio, prende le sue mosse non già dal luogo e dal tempo in cui il contratto si è fatto, ma bensì dall'intenzione del compratore. Ma non mancano esempi pei quali un atto di commercio si qualifica tale anche pel luogo in cui avvenne. I magazzini generali, ad esempio, valgono ad imprimere il carattere di commerciale ai contratti che cadono sulle merci quivi depositate.

Ora il campo delle fiere e dei mercati rappresenta precisamente pel bestiame ciò che sono i magazzini generali per le merci, poichè è là che i venditori portano il bestiame a contatto dei compratori in un determinato giorno; è là che questa merce si raduna tutta in una volta. Io non credo che ci sia atto più commmerciale di questo. E tanto è vero ciò, che anche le leggi italiane considerano le fiere e i mercati come emporii di commercio, tanto che per instituire una fiera od un mercato, o per toglierne alcuno, occorre l'autorizzazione ed il voto del Ministro del commercio.

Questa mia proposta trova anche il suo appoggio nelle tradizioni e consuetudini di varie parti d'Italia. Nelle provincie ex-pontificie e nella Toscana, per lunga e costante consuetudine, gli atti fatti in fiera si consideravano quali atti di commercio, come ne fa fede la stessa Cassazione di Firenze in quelle decisioni con le quali oggi non riconosce più tale qualifica in questi atti (1).

(1) Atti parlamentari — Cam. dei Deputati — Legisl. XIV, pag. 8491.

Il Relatore (Deputato PASQUALI) ha risposto nei seguenti termini:

L'onorevole Zucconi si è dato pensiero di un grande interesse pubblico, di un interesse del quale tutti noi dobbiamo occuparci, inquantochè ha attinenza diretta all'italiana agricoltura. E noi che dalla agricoltura dobbiamo attenderci tanti benefizi e che nell'agricoltura riponiamo tante speranze per il nostro avvenire economico, non dobbiamo che accogliere con entusiasmo tutti quei suggerimenti e quegli eccitamenti che ci vengono per giovare a questa industria. Il solerte collega Zucconi ci diceva adunque che sui mercati e sulle fiere si fanno contrattazioni per somme superiori alle 500 lire; che se si portano le quistioni in Tribunale Civile, manca la prova scritta dei relativi contratti, e non potendosi produrre testimoni, gli interessati giacciono nella impossibilità di poter utilmente esperire le loro azioni.

Oh! perchè, diceva egli, se le contrattazioni che si fanno nei magazzini generali, sono, per questo fatto stesso di essere eseguite in quel luogo, contrattazioni soggette alla legge commerciale, non vorrete voi ammettere che la fiera e il mercato, emporio temporaneo, ma che si riproduce di settimana in settimana, di mese in mese, d'anno in anno, abbiano la stessa virtù del magazzino, e la località faccia diventare commerciale l'atto che in essa si compie? Ecco, o signori: commerciale l'atto, no, nol potrà mai divenire. Se commercianti saranno i compratori o i venditori, per quel fatto stesso l'atto sarà commerciale o almeno soggetto alla giurisdizione commerciale, ma quando io entro nel mercato ad acquistare bovine, non potrò per questo solo fatto, io proprietario agricolo, diventare commerciante, come non lo diventerà colui che me le vende, se è nelle mie stesse condizioni.

Secondo me v'è anche una differenza tra i magazzini generali, e le fiere ed i mercati. I magazzini generali sono istituiti non già a beneficio del consumatore, del privato cittadino e dell'agricoltore, ma sono stabiliti a beneficio dei commercianti e del commercio, quindi del venditore e del compratore: per conseguenza non è tanto il luogo, ma la destinazione singolare del luogo, che assicura che là entro non si faranno che atti commerciali. Del resto

pare a me che l'onorevole Zucconi potrebbe perfettamente tranquillizzarsi, ove egli spingesse il suo sguardo acuto sull'art. 1348 del Codice Civile. Le prove per iscritto sono necessarie, tranne che nei casi di impossibilità di produrle. Questa impossibilità di cui parla l'art. 1348 non la vorrete riconoscere dimostrata già nelle contrattazioni che si fanno nelle fiere o nei mercati? Mi pare che una savia interpretazione di questo articolo debba risolvere il dubbio cui ha accennato l'onorevole Zucconi e che con essa si possa dire appagato il suo desiderio (1).

Il Ministro Guardasigilli (ZANARDELLI) fece a sua volta le seguenti dichiarazioni:

L'onorevole Zucconi desidera che dichiarinsi atti di commercio quelli che si fanno nelle fiere e mercati, affinchè per essi pure si possa ricorrere alla prova testimoniale.

Egli dice giustamente, che anche nelle fiere e mercati i contratti si fanno per lo più verbalmente, sicchè nella loro moltiplicità e rapidità, sarebbe grave danno che per provarli non si potesse ricorrere alla prova per testimoni.

Ma le accennate ragioni sono appunto quelle in forza delle quali, come osservò l'onorevole Relatore della Commissione, nella giurisprudenza si contende, se la prova testimoniale sia ammissibile nei contratti fatti in fiera o mercato, il che viene sostenuto da alcuni precisamente per l'impossibilità di procurarsi una prova scritta, e quindi in base alle stesse norme del diritto civile.

Alla giurisprudenza converrà quindi rivolgersi per tali questioni, poichè io non credo si possa stabilire nel Codice di Commercio, che debbansi reputare commerciali gli atti che fra due persone non commercianti abbiano luogo in fiera o mercato.

I desiderii dell'onorevole Zucconi avranno ad ogni modo adempimento in gran parte, poichè il nuovo Codice dichiara, che se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono, per ragioni di esso, soggetti alla legge commerciale; e perciò basterà che in fiera o mercato si compri o si venda da un commerciante,

(1) Atti Parlamentari, ecc., pag. 8567 e 8568.

perchè siano applicabili tutte le disposizioni del nuovo Codice, di modo che esso, anche negli affari di persone non commercianti, verrà ad ottenere latissimo impero (1).

Relazione Ministeriale al Re.

28. L'enumerazione degli atti che hanno per sè stessi, in ragione della propria natura, il carattere commerciale, richiamò in modo particolare all'attenzione del legislatore le condizioni presenti di quelle associazioni che hanno per iscopo la mutua assicurazione, le quali ai dì nostri conseguirono grande estensione ed importanza in ogni specie d'assicurazione contro i danni e sulla vita.

Primo il vigente Codice del 1865, con notevole progresso sulla legislazione anteriore, dettò alcune sobrie e prudenti regole su questo argomento; ma tali regole riferì alla associazione mutua commerciale in genere, sebbene avesse specificamente in mira le associazioni di mutua assicurazione.

Perciò fin dal Progetto preliminare del nuovo Codice si reputò necessario di determinare con esattezza la materia che voleasi regolare, di definire le associazioni in cui le disposizioni all'uopo dettate doveansi applicare, le associazioni cioè di mutua assicurazione, essendo lontana dall'intento delle disposizioni medesime l'idea di voler con esse dar legge a tutte le associazioni mutue, la cui essenza può infinitamente variare.

Di più, mentre il Codice vigente negava all'assicurazione mutua non marittima la qualità commerciale, il Progetto preliminare suindicato le attribuiva questa qualità, però soltanto nel caso che essa riguardasse oggetti o stabilimenti di commercio. Lo stesso sistema era stato conservato anche nel disegno ministeriale; ma importanti modificazioni arrecò a quest'ultimo il Senato coll'aggiungere, nell'art. 3 del nuovo Codice, alla generale enumerazione degli atti di commercio le assicurazioni terrestri *mutue* e col dichiarare ap-

(1) Atti Parlamentari, ecc., pag. 8631 e 8632.

plicabili alle associazioni di mutua assicurazione le norme concernenti la responsabilità degli amministratori, la pubblicazione degli atti sociali e dei bilanci nelle Società anonime, e quelle altresì che riguardano più specialmente il modo d'impiego dei loro fondi nelle Società di assicurazioni sulla vita.

In seguito a queste gravi modificazioni parve opera di necessario coordinamento, dacchè con locuzione indefinita le assicurazioni terrestri mutue s'erano poste tra gli atti di commercio, di sopprimere nell'art. 6 la limitazione per la quale esse si consideravano atti di commercio soltanto allorchè riguardassero oggetti o stabilimenti commerciali.

E in pari tempo si credette anche per queste Società, come per quelle in nome collettivo, in accomandita ed anonime, dover riconoscere con espressa dichiarazione quella personalità collettiva ch'era loro negata nel Codice vigente, e solo indirettamente era stata riconosciuta nel testo del nuovo Codice quale fu approvato dal Parlamento. (Pag. 8 a 10).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Concetto degli atti di commercio: la loro enumerazione è dimostrativa e non tassativa.

2. Essi possono avere per oggetto ogni sorta di beni, meno quelli inalienabili, e le convenzioni contrarie ai buoni costumi ed all'ordine pubblico.

3. Dei criteri per determinare quali atti, non compresi nella enumerazione stessa, siano commerciali.

4. È *res juris* la quistione se un atto sia commerciale, ovvero no.

5. Gli atti di commercio rimangono sempre tali, se non interviene una vera novazione a tramutarli in civili.

6. Cosa si comprenda sotto la denominazione di *derrate* e di *merci*. Largo significato di quest'ultima espressione.

7. Si sono opportunamente dichiarati atti di commercio, oltre alle compre

di derrate e di merci per rivenderle o darle in locazione, anche le vendite di derrate e le vendite e le locazioni di merci acquistate a tale scopo.

8. Tali sono anche le vendite di un negozio e di un fondo di commercio.

9. Delle compre e rivendite d'immobili dichiarate atti di commercio: opportunità di questa innovazione: suoi limiti; ed avvertenze quanto alle forme ed alle garantie dei relativi contratti, e quanto alle espropriazioni, graduazioni e simili.

10. Anche le permute di derrate, merci ed immobili sono atti di commercio, quando siano fatte nelle condizioni di cui nei numeri 1, 2 e 3 dell'art. 3.

11. Così pure lo sono le locazioni di merci e d'immobili per iscopo di sublocazione. Non invece il comodato di mobili.

12. Le locazioni d'opera possono essere atti di commercio soltanto da parte del conduttore.

13. Ciò che determina il carattere commerciale delle compre, vendite, permute e locazioni si è l'intento della speculazione. — In difetto di questo, l'atto nôn è commerciale. Esempio delle negoziazioni dei bestiami in fiere e mercati. — Quando l'intento della speculazione si verifichi, i detti atti sono di commercio, anche se compiuti da non commercianti.

14. L'intento medesimo della speculazione deve essere contemporaneo e principale; e basta per la commercialità dell'atto, se anche la speculazione non sia stata poi realizzata.

15. Applicazioni dei detti principii:

Compra da parte del proprietario di terreni dei recipienti necessari a riporvi i vini, i liquori, gli olii e simili, fabbricati coi suoi raccolti, e che rivende con essi.

Compra di seme bachi per utilizzare le foglie dei gelsi dei proprii poderi.

Compra di bestiami per rivenderli ingrassati coi proprii foraggi.

Compra da parte dello scrittore, di carta e di quanto altro è necessario per lo spaccio della sua opera, o del suo giornale; e società coll'editore.

Compre da parte dei pittori e degli scultori delle tele, dei colori, dei marmi, ecc., che devono servire ai loro lavori.

Da parte dei fotografi degli oggetti occorrenti all'esercizio della loro arte.

Compre simili da parte dei capi di case di educazione, da parte del medico che tenga casa di salute, e da parte della levatrice per pensionanti, alle quali debba apprestar le cure della sua arte.

Compra di oro, platino e simili da parte del dentista.

Compra da parte dell'artiere degli oggetti necessari per esercitare la sua arte.

Compre simili da parte del farmacista.

Comprà da parte dei venditori autorizzati, di oggetti di privativa, e di altri oggetti.

Compra ed affitto di mobili ed opere di abbellimento da parte del proprietario di uno stabile, per affittarlo guernito di mobili.

16. Sono atti di commercio anche le compre di cose che non formano oggetto diretto di rivendita, ma che vengono trasformate o distrutte all'atto della fabbricazione degli oggetti, che sono destinati alla vendita o che servono al commercio.

17. Non sono atti di commercio le vendite che non siano il compimento della speculazione propostasi colla compra. Applicazioni di tale regola.

18. Gli appalti dei dazi governativi e comunali sono atti di commercio rispetto all'appaltatore, non rispetto al Governo ed al Comune.

19. Le compre e vendite della rendita pubblica e di altri titoli di credito circolanti in commercio sono reputate sempre atti di commercio.

20. E lo sono sebbene nell'art. 3, n. 4°, siasi fatta menzione espressa soltanto dei riporti sopra obbligazioni dello Stato ed altri titoli di credito circolanti in commercio.

21. Sono anche reputate tali le compre, le vendite e le sottoscrizioni di azioni, di quote e di partecipazioni di Società e di associazioni commerciali di ogni specie, non che il contratto con cui l'accomandante divien tale.

22. Imprese commerciali in generale: sono atti di commercio per gl'imprenditori ed i sotto-imprenditori: non lo sono per gli operai: possono esserlo anche per lo Stato, le Provincie ed i Comuni.

23. Imprese di somministrazioni: loro varietà: quali non sarebbero atti di commercio.

24. Imprese di fabbriche e costruzioni. È stata opportunamente eliminata la condizione, *se l'imprenditore provveda i materiali.*

25. Imprese di manifatture: differenza fra l'imprenditore di manifatture, che fa atto di commercio, e l'artigiano che fa atto civile.

26. Imprese di spettacoli pubblici: se costituiscano atti di commercio le società di corse di cavalli e gli spettacoli aereostatici. — Convenzioni degli impresari di spettacoli pubblici e degli artisti teatrali; e mediazioni relative.

27. Imprese editrici, tipografiche o librarie.

28. Operazioni di banca: in cosa consistano: danno luogo a molte specie di banche: moltiplicità e varietà delle operazioni medesime.

29. Cambio: suo concetto generale, e varie sue specie, cioè minuto o manuale, secco o finto, reale o diretto, alla pari, in ispareggio, obliquo, indiretto o nundinale.

30. Sconti, Commissioni, Arbitramenti od Arbitraggi, Depositi, Conti correnti, Aperture di crediti: rinvio.

31. Cambiali ed ordini in derrate: le cambiali sono sempre atti di commercio indipendentemente dalla qualità della persona e dalla causale. Assegni bancari o *chèques.*

32. Imprese di trasporti di persone e di cose per terra e per acqua: condizioni alle quali hanno carattere di atti di commercio: non si distingue fra navigazione marittima e su laghi, fiumi e canali; e simili imprese sono reputate atti di commercio anche quando sono assunte dallo Stato.

33. Costruzione, compra, vendita e rivendita di navi: sono atti di commercio per sè stesse, ed attesa la natura del loro oggetto, a meno che consti che eccezionalmente non si riferiscano al commercio.

34. Compre e vendite di attrezzi, arredi, vettovaglie, combustibili ed altri oggetti di armamento per la navigazione.

35. Spedizioni marittime.

36. Arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio, e convenzioni per salari e stipendi di equipaggi.

37. Cosa sia noleggio, e sè sia tale il trasporto di un passeggiero e del suo bagaglio a bordo di una nave.

38. Prestiti a cambio marittimo, ed altri contratti riguardanti il commercio di mare e la navigazione.

39. Assicurazioni contro i rischi della navigazione: sono comprese fra gli atti di commercio anche quando siano mutue.

40. Assicurazioni terrestri a premio e mutue contro i danni e sulla vita: quando però esse costituiscano atti di commercio rispetto all'assicuratore soltanto.

41. Imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari. Anche un solo contratto di commissione è atto di commercio. Servigi che possono rendere le imprese di agenzie e di uffici di affari e pericoli che presentano: discipline relative: salario ad esse dovuto.

42. Operazioni di mediazione in affari commerciali.

43. Depositi per causa di commercio: come si distinguano dai depositi di diritto civile: specie diverse, e diritti e doveri che ne sorgono.

44. Depositi nei magazzini generali, ed operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno rilasciate dai medesimi: ragione dell'essersi fatta una categoria speciale di questi atti di commercio: rinvio.

45. Presunzione di commercialità degli altri contratti e delle altre obbligazioni dei commercianti: concetto di questa disposizione dell'art. 4: epoca a cui si riferisce tale presunzione.

46. Casi in cui il contraente contro verità dichiari una causa commerciale, od assuma la qualità di commerciante: risoluzione della questione cui si fa luogo nel primo caso, e rinvio per la seconda.

47. Si reputano commerciali le obbligazioni dei commercianti, nascenti dai quasi-contratti e dai quasi-delitti.

48. Della presunzione di commercialità relativamente alla fidejussione ed alla obbligazione solidaria di commercianti.

49. Della disposizione dell'art. 7 per cui è dichiarato che anche lo Stato, le Provincie ed i Comuni possono fare atti di commercio.

50. Inefficacia di quegli atti di commercio che sono proibiti per ragione dell'ufficio o della qualità della persona.

1. Atti di commercio sono reputati quelli che si compiono con intento di speculazione e di guadagno, *quaestus faciendi causa*, e ciò per la loro natura ed indipendentemente dalla qualità del loro autore, cioè tanto se questi sia commerciante, quanto se non lo sia. La qualità di commerciante serve soltanto a stabilire la presunzione stabilita nell'art. 4, e di cui si tratterà più avanti.

Oramai non è più lecito dubitare che la enumerazione degli atti di commercio contenuta nell'art. 3 sia dimostrativa, e non tassativa.

Questa dottrina riposa sovra la nota regola che dove la stessa è la ragione della legge, la medesima debba esserne la disposizione: riceve conferma dalla considerazione della impossibilità di tutti prevedere ed enumerare gli atti con cui il commercio, nel continuo suo svolgimento, si esplica, perchè in questa materia sovratutto si verifica che « augustia prudentiae humanae casus omnes quos tempus reperit, non potest capere; non raro itaque se ostendunt casus omissi et novi » (1), onde si deve applicare l'insegnamento del Giureconsulto, che cioè « non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatisconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa earum sententia manifesta est, is qui iuridictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet » (2): è professata la dottrina stessa dalla maggior parte degli scrittori (3) ed accettata dalla giurisprudenza (4), e venne pure accolta dal nostro legislatore, come risulta dai lavori legislativi preparatori del Codice (5).

(1) Bacone, Legum leges, Aph. x.

(2) L. 12 ff., De legib.

(3) Ved. per es. Pescatore, Proc. civ., vol. i, parte i, pag. 147, nota; Nouguier, Des Trib. de comm., lib. ii, n. 6; Dalloz, Rép. v, Acte de comm., n. 16 e 148; Alauzet, Comm. du cod. de comm., n. 3001.

(4) Cassaz. Torino 14 luglio 1848, Rivière c. Bonet; Appello Torino 11 giugno 1852, Operti c. Giliberti, e 28 aprile 1862 Sanna c. Denina; Appello Lucca 17 marzo 1865, Adami c. Coppi; Appello Roma 22 febbraio 1875, Weill-Schott e C. c. De Reinach; Cassaz. Firenze 22 nov. 1875, dette parti.

(5) Su questi articoli, i, n. 2 e 13.

Pur tuttavia scrittori illustri hanno sostenuto la contraria tesi (1). Per essi la specificazione degli atti di commercio per modo di opposizione agli altri atti della vita civile, la professione che ne è la conseguenza, ed il fallimento che può derivarne, non esistono *in rerum natura:* istituzioni meramente civili, che non hanno altra ragione di essere che il volere del legislatore che le ha create, delle quali deve dirsi *sint ut sunt*, leggi arbitrarie che non hanno la loro sorgente nella natura delle cose, non possono, secondo il loro avviso, ricevere applicazione estensiva, anche perchè « quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias ».

D'altro canto, essi soggiungono, queste leggi si legano intimamente ad un sistema di altre leggi non meno arbitrarie, repressive del dolo e della frode, come per esempio quella sui fallimenti ed il Codice Penale.

Senonchè non sta innanzi tutto che la determinazione degli atti di commercio non abbia altra ragione di essere che il volere del legislatore. Lo scambio e la permutazione dei prodotti dei varii paesi e delle varie industrie degli uomini, che costituiscono il commercio, sono risultati naturali della diversità dei climi e dei loro prodotti e della varietà delle attitudini degli uomini, perchè forse nessun paese, e certamente nessun individuo, potrebbero produrre tutto ciò che è necessario ai proprii bisogni ed alle proprie comodità. E gli atti di commercio coi quali si operano gli scambi e le permutazioni dei prodotti, ritraendo necessariamente da questi, che sono il loro oggetto, sono essi pure per ciò stesso il risultato naturale delle diversità dei climi e della varietà delle attitudini degli uomini, e quindi attingono la loro ragione di essere dalla natura delle cose, e non dal volere arbitrario del legislatore; ed in fatto di commercio, come scrive un chiaro magistrato, si avvera con maggior precisione il principio che il legislatore non crea le relazioni giuridiche, ma le discopre esistenti nella natura delle cose e

(1) Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. i, n. 37 a 40.

nelle consuetudini dei popoli, e li ricompone e determina sotto il suggello dell'autorità sua (1).

Non può in secondo luogo ricevere applicazione la *L. 14 Dig. De Legibus* citata come sopra da Delamarre e Lepoitvin, perchè nulla vi ha di repugnante al giusto, supremo principio della ragione giuridica naturale, *ratio iuris*, che un atto sia reputato commerciale anzichè civile.

Ed infine non sussiste nemmeno che la determinazione degli atti di commercio abbia quel legame intimo colle leggi relative al fallimento e colle leggi penali, di cui parlano i chiari scrittori.

Difatti, per essere dichiarato in fallimento ed essere sottoposto all'applicazione delle leggi penali della bancarotta, non basta esercitare atti di commercio, ma bisogna pur fare dell'esercizio degli atti stessi di commercio la propria abituale professione, vale a dire poter essere considerato commerciante nel senso proprio e legale di tale qualificazione; e se non basta far atto di commercio per l'applicazione delle cennate leggi, non vi è fra gli atti e le leggi medesime un legame diretto ed intimo.

Altri scrittori ed anche qualche legislatore hanno creduto dover rigettare la teoria, secondo cui l'enumerazione degli atti di commercio è dimostrativa; ma lo hanno fatto con una notevole concessione alla teoria contraria; invece del *sint ut sunt* dei lodati scrittori francesi, essi ammettono che la enumerazione degli atti commerciali fatta dal Codice di Commercio in più casi va *interpretata largamente*. Così il distinto professore di diritto commerciale nella Università di Roma insegna bensì che non si possa nel tema della enumerazione degli atti di commercio supplire alla legge colmandone le vere o supposte lacune, secondo l'ufficio proprio dell'argomento di analogia, il quale suppone che il legislatore ad un dato caso non abbia pensato ed abbia lasciato un vuoto, e ne dà per motivo che lo stesso argomento di analogia non possa applicarsi alle leggi speciali, alle leggi penali, a quelle che in qualunque modo restringano la libertà dei cittadini; ma poi concede che debba

(1) Borsari, Commento al Cod. Comm., Idee generali, n. 1.

procedersi con interpretazione larga (1); e la stessa concessione della larga interpretazione è stata fatta dal legislatore Belga, per organo del Relatore della Commissione della Camera dei Rappresentanti e del Ministro di giustizia, essendosi il legislatore medesimo accostato alla teoria dell'enumerazione tassativa (2); ma siffatta concessione non mi sembra sufficiente, e credo che giustamente il nostro legislatore abbia seguita la teoria della enumerazione semplicemente dimostrativa per la ragione superiormente addotta, e perchè in armonia ad essa e contrariamente alle considerazioni del dotto professore, non mi sembra che alle disposizioni di cui si tratta possano convenire le qualificazioni di leggi speciali, di leggi penali e di leggi che restringano la libertà dei cittadini.

E quanto alle considerazioni con cui alla Camera dei Rappresentanti del Belgio si è cercato di giustificare la teoria dell'enumerazione tassativa, in verità riescono piuttosto, se io non m'inganno, a sostenere la teoria contraria. Ecco diffatti le parole del Relatore:

« Ne pouvant assigner aux actes de commerce une limite fixe, ne pouvant ramener à des principes absolus les caractères qui impriment aux conventions le sceau de la commercialité, le legislateur suit une marche rationelle en faisant une nomenclature; mais à cause précisément de cette absence d'une règle exacte pour discerner le point où finissent les transactions civiles et commencent les actes de commerce, à cause des nuances nombreuses qui se présentent, à cause des difficultés qui viennent compliquer la question et que renouvelle sans cesse la diversité infinie des faits, pareille nomenclature sera nécessairement incomplète. Elle ne pourra determiner les seules actes qui doivent être appelés commerciaux dans le langage usuel. — Nous aurons bientôt l'occasion de constater que l'énumération du Code ancien est devenue incomplète

(1) Maurizi, Monografia: « Il commercio in che consista e se possa estendersi a cose immobili », inserta nella Giurisprudenza italiana, 1877.

(2) Biot, Tr. de dr. comm., tom. i, pag. 2 e 3. — V. anche Namur, Le Cod. de comm. Belge interprété, n. 24 e 25.

et insuffisante. Dans un avenir plus ou moins éloigné, il en sera de même de celle que nous entreprenons aujourd'hui. L'extrême mobilité des actes de commerce fera surgir des faits nouveaux en déhors de ceux que nous avons signalés ». E fin qui l'oratore ha giustificata la teoria nostra: poi soggiunge: « Néammoins il ne faut pas oublier que l'importance de l'énumération résidera surtout dans ses effets sur la détermination de la compétence. Comme il n'est pas possible d'abbandonner celle-ci aux hasards des inductions et des analogies, il faudra reconnaître à l'énumération un caractère limitatif. Toutefois ne donnons pas à ce mot une signification trop absolue : s'il est interdit au juge de s'ecarter des termes de cette nomenclature, il lui est permis de donner à chacun d'eux une interprétation large et étendue » (1).

Ma la ragione dell'opinione adottata non persuade guari, imperciocchè dall'un lato gli argomenti d' induzione e di analogia essendo affidati alla saviezza dei Tribunali, non può dirsi di essi che siano abbandonati *aux hasards* degli stessi argomenti di induzione e di analogia; e d'altro canto non negandosi ai Tribunali la facoltà della interpretazione larga ed estesa, non si vede ragione per non accordar loro anche la facoltà di procedere per via di analogia nel supplire a quella enumerazione degli atti di commercio, che si riconosce dovere, per la necessità delle cose, riuscire incompleta e manchevole col progredire del tempo. La inconseguenza, mi si permetta la parola, in cui cade il sistema ora esposto, mi sembra confermare la bontà della teoria seguita dal nostro legislatore, come da tanti altri.

2. Gli atti di commercio possono avere per oggetto ogni sorta di beni, attesa la disposizione del n. 3° dell'art. 3 che vi comprende anche i beni immobili; ma salve le eccezioni che sono espressamente sancite dalla legge o che sono portate dai principii. Così non possono formare oggetto di atti di commercio i beni del demanio pubblico e di uso pubblico che sono di loro natura inalienabili (2);

(1) Biot, *loco citato*.

(2) Art. 427, 429, 430 e 432 del Cod. Civ.

le cose che implicherebbero reato, come sarebbero la tratta ed ogni commercio di schiavi (1), gli stampati, le incisioni, le litografie e le fotografie offensive dei buoni costumi (2); il contrabbando (3); le speculazioni contrarie ai buoni costumi, come le case di tolleranza (4); le cose che costituiscono privativa dello Stato, come la fabbricazione dei tabacchi, l'estrazione del sale e la importazione e lo spaccio non autorizzati (5), il trasporto delle lettere (6) e simili.

L'esercizio di simili atti non può attribuire la qualità di commerciante (7), ed i contratti che ciononostante si facessero sovra tali oggetti non possono dare azione in giudizio, nè per la loro esecuzione, nè per qualsiasi controversia cui dessero luogo, nè per risarcimento di danni in caso d'inadempimento. « Ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur ut male judicetur » (8).

I Tribunali dovrebbero mettere coloro che contendessero su tali oggetti *hors de cour et de procès*, giusta la frase adoperata da due illustri scrittori francesi a proposito delle obbligazioni fondate sovra causa disonesta (9), ed è ben appropriato lo sdegnoso linguaggio che altri, cioè DELAMARRE e LEPOITVIN, consigliano ai magistrati a proposito dei contrabbandieri: « Quoique tu aies trompé, ou plutôt parceque tu a trompé la vigilance de la douane, ta possession a une source illégitime et honteuse (*turpis origo*). La douane ne te peut

(1) Art. 335 e seg. del Codice per la marina mercantile.

(2) Art. 17 della legge 17 marzo 1848 sulla stampa.

(3) Art. 65 e 66 del Regolamento doganale 11 settembre 1862, approvato colla legge 21 dicembre stesso anno.

(4) Art. 1104 e 1122 del Codice Civile. — C. d'Orleans 26 novem. 1861, Dubarry c. Dalphose; e nota nel DALLOZ, Récueil, 1862, 2, 7; Trib. Civ. della Senna 5 febbraio 1867, Fiévé c. Chapelle.

(5) Leggi 13 luglio 1862, n. 710, e 15 giugno 1865, n. 2396 e 2397.

(6) Legge 5 maggio 1862, n. 604.

(7) Sugli art. 8 a 20, n. 6.

(8) L. 3 Dig., De condictione ob turpem vel iniustam causam.

(9) TROPLONG, Du Louage, n. 818; LAROMBIÈRE, Des oblig., sull'articolo 1133, n. 10.

rien, il est vrai, mais ton contrat n'a pas moins une cause illicite: il est contraire aux bonnes moeurs et à l'ordre public, choses qui ne tiennent pas au plus ou moins d'agilité de l'audacieux qui les blesse. L'acheteur est, sans nul doute, un mauvais citoyen, un homme de très-mauvaise foi ; mais toi aussi. Nous ne sommes pas établi pour dire droit dans ce genre d'affaires. Entre voleurs, il faut traiter comptant » (1).

La Corte di Cassazione di Torino ha deciso che quando la causa è turpe e la turpitudine versa da ambe le parti, nessuna azione è dalla legge accordata per indennità (2), e la Corte di Cassazione francese ha approvata la decisione di una Corte d'Appello che aveva ricusato di pronunciare su un'azione che aveva per oggetto il regolamento di un conto relativo a traffico dei neri (3).

Vedasi anche ciò che scrivo più avanti relativamente agli atti di commercio aventi oggetto lecito, ma che però sono compiuti da chi non lo potrebbe per causa di speciali proibizioni: le considerazioni fatte riguardo ad essi sono, a maggior ragione, applicabili agli atti di commercio che versassero sugli oggetti suaccennati (4).

3. Non è possibile stabilire una regola precisa che serva a determinare a quali atti, che non siano compresi nella enumerazione dimostrativa della legge, debba darsi la qualificazione di commerciali, perchè le operazioni del commercio sono siffattamente varie, e si avvicinano in tanti modi alle transazioni della vita civile, che non si può assegnar loro un limite esatto, ed appoggiare sovra principii precisi la distinzione loro.

Ho superiormente riportata la dotta dissertazione che al riguardo si legge nella Relazione Ministeriale al Senato od Esposizione di motivi del Codice, la quale conchiude collo stabilire che si deve attribuire natura di atto di commercio, senza riguardo alla qualità della persona, a tutte quelle operazioni che per la loro essenza, nell'ordine

(1) Tr. de dr. comm., tom. I, n. 50.
(2) Sent. 25 agosto 1869, Capriolio e Merlo c. Marchion.
(3) Cassaz. franc. 7 novembre 1832. DALLOZ, Rép., V. Mandat, n. 33.
(4) *Infra*, n. 50.

economico e nell'opinione generale, costituiscono una manifestazione dell'attività commerciale (1); ed a maggior schiarimento dell'importante materia mi sembra utile di rammentare gl'insegnamenti di taluni scrittori.

L'illustre PISANELLI, nel suo Trattato sulla competenza, comincia ad accennare al criterio della distinzione fra atti commerciali e civili, là dove così spiega quella fra le leggi civili e le commerciali, e le corrispondenti giurisdizioni: « I beni possono essere considerati sotto due aspetti, o per la utilità diretta che ne ricava colui che li possiede, o per la utilità che essi possono portare mediante il loro cambio, cioè o *pel loro valore di uso*, o *pel loro valore permutabile*: le leggi civili riguardano la proprietà sotto il primo aspetto, le leggi commerciali sotto il secondo ».

E più avanti, proponendosi la ricerca propriamente del principio della distinzione fra atti commerciali e civili, scrive: « Siffatto principio non può essere altro che quello da cui sia stata prodotta la distinzione fra le leggi civili e le commerciali, e le giurisdizioni corrispondenti. La proprietà è il subbietto della legge e della giurisdizione civile, la proprietà è pure il subbietto della legge e della giurisdizione commerciale; ma le leggi civili la riguardano pel *valore di uso*, e le leggi commerciali pel *valore permutabile*. Laonde se nell'atto su cui cade la controversia è stata contemplata la proprietà sotto il primo di tali aspetti, l'atto dovrà reputarsi civile: commerciale se si è considerata pel suo valore permutabile » (2).

Viene in conferma ciò che insegna il PESCATORE, che cioè debbono ricercarsi gli atti di commercio nell'industria che si chiama appunto commercio, e che spiega essere « quella che assume l'incarico di costituire i centri d'incontro delle offerte e delle domande che si corrispondono, vincendo le distanze di tempo e di luogo, riducendo le cose a perfetta corrispondenza, e portando a re-

(1) Su questi articoli, I, n. 3 a 6.

(2) Comm. al Cod. Proc. Civ. di MANCINI, PISANELLI e SCIALOIA, volume I, parte I, Trattato della competenza, n. 12 e 56.

ciproca cognizione i bisogni che mutuamente si cercano », soggiungendo a maggior schiarimento, che « tra i produttori ed i consumatori si frappongono i mercanti ed i negozianti, ai quali, siccome a centro comune, fanno capo da un lato le offerte dei produttori, e dall'altro le domande dei consumatori » (1).

Il prof. VIDARI professa principii non dissimili scrivendo essere « l'opera di intromissione tra produttòre e consumatore allo scopo di guadagnare, ciò che costituisce la caratteristica dell'atto di commercio, e lo contraddistingue quindi dall'atto civile (2) ; e concordano il BESLAY (3) ed il GARGANO in una pregevole monografia (4).

E l'opera di intromissione fra il produttore ed il consumatore, tanto diretta che indiretta, allo scopo di guadagnare, sia o no lo scopo stesso raggiunto, consiste non solamente nella compra e nella rivendita, ma anche in tutti i moltiplici atti accessori che ne sono i preliminari, od i mezzi o le conseguenze, che sono diretti a favorire l'atto principale, e che possono essere occasione di guadagno per coloro che li fanno.

Questi concetti possono servire a determinare nei singoli casi quali atti, non compresi nella enumerazione dimostrativa della legge, possano qualificarsi di commercio.

Inoltre deve ritenersi che sono commerciali tutti i contratti accessori agli atti di commercio, come, per esempio, i pegni e le fidejussioni per causa commerciale, perchè i contratti accessori seguono la natura dei principali, come è stato ritenuto giustamente dalla prima Commissione compilatrice del Codice (5).

Così ed in questo senso, venne a ragione giudicato che un con-

(1) Logica del diritto, parte II, capo XXIII.

(2) Articolo sul punto, se i contratti che hanno per oggetto cose immobili possano essere commerciali, inserito nel Giornale delle Leggi, 1871, 124. — Corso di diritto comm., tom. I, n. 9 e seg., dove sviluppa maggiormente la teoria.

(3) Comm. du Cod. de Comm., tom. I, n. 3 e seg.

(4) Della natura del diritto comm., pag. 40 e 41.

(5) Su questi articoli, I, n. 21.

tratto di assicurazione contro i pericoli delle vetture sulla pubblica strada, fatto fra una Società di assicurazione ed un' Impresa di trasporti, che ha contratta l'assicurazione per la circolazione delle sue vetture, è un contratto commerciale, sebbene il contratto non versi sul trasporto propriamente, ma bensì sui suoi rischi (1).

4. La quistione se un atto sia di commercio, oppur no, è *res iuris*, ed è quindi suscettiva di essere portata in cassazione, perchè la legge contiene la definizione degli atti di commercio, se anche in via semplicemente dimostrativa, e perchè lo stabilire il carattere giuridico di un atto implica una ricerca di diritto, nella stessa guisa che appartiene al diritto e non al fatto il decidere se, per modo di esempio, un contratto presenti gli elementi giuridici della locazione o dell'anticresi, e se un atto rechi novazione, ovvero no, ad un atto precedente. Così venne giudicato che è di competenza della Corte di Cassazione il restituire ad un prestito il carattere di commercialità che gli sia stato a torto diniegato dai giudici del merito (2).

Soltanto dovrà rispettarsi la constatazione dei fatti, delle intenzioni e delle qualità delle persone da parte dei giudici del merito; le cui sentenze sarebbero però pur suscettive di censura in cassazione per difetto di motivazione, se non contenessero i detti estremi di fatto necessari alla decisione del punto di diritto: una dichiarazione generica di esservi stati atti di commercio sarebbe insufficiente, qualora si fosse al riguardo impegnata contestazione (3).

5. Gli atti e le obbligazioni commerciali non perdono tale loro qualità per effetto di convenzioni che relativamente ad essi si stipulino, semprecchè non avvenga una vera novazione in senso dell'ar-

(1) Cassaz. Franc. 24 gennaio 1865, Compagnie La Seine c. Chemin de fer de Lyon; Massé, Le dr. comm. etc., n. 968.

(2) Cassaz. Franc. 29 apr. 1868, Grellet de Fleurelle c. De Foucault; Dalloz, Rép. V. Cassation, n. 1583 e seg.

(3) Cassaz. Torino 28 luglio 1870, Gilardi c. Vaccarino; Cassaz. Firenze 23 dicembre 1867 e 3 agosto 1871, amendue in causa Dubosch c. Sanna; Cassaz. Napoli 13 aprile 1869, Romano c. Labonia. — Dalloz, Répert., V. Actes de comm., n. 22 e 23. — Massé, Le dr. comm. etc., n. 22 bis.

ticolo 1267 del Codice Civile che faccia loro cambiare natura; e venne giustamente deciso che l'obbligazione commerciale in origine non cambia natura per la riduzione che di essa si faccia in atto pubblico con diminuzione d'interesse, e stipulazione di maggiori garanzie (1); che l'obbligazione derivante da promessa di vendita fra commercianti non perde il carattere commerciale, perchè sia stato necessario ricorrere all'autorità giudiziaria per la esecuzione della promessa, e per avere le parti transatto sugli effetti dell'intervenuta condanna (2); che il credito di un commerciante verso altro commerciante dipendente dallo scioglimento della società commerciale esistita fra di essi non riveste la qualità di credito civile, solo perchè esso sia stato liquidato con un atto intitolato transazione di lite, e quest'atto contenga la promessa d'ipoteca da parte del debitore e la la fissazione degl'interessi al cinque per cento (3).

6. *Derrate* sono gli oggetti raccolti o fabbricati, destinati specialmente al nutrimento ed al mantenimento degli uomini e degli animali, e tali da essere intieramente consumati e trasformati al primo uso; e *merci* sono tutte in generale le cose od i beni su cui le persone o gli enti collettivi possono esercitare la propria attività commerciale (4), ed anche le derrate, una volta entrate in commercio, assumono il nome di merci.

Nel comprensivo suo significato la parola *merce* si applica ad un gran numero di cose, corporali ed incorporali.

È merce la moneta, il danaro, siccome lo avevano insegnato gli antichi nostri dottori, innanzi ancora che la scienza dell'economia politica, e prima la Scuola fisiocratica, mettessero in sodo come la moneta non sia un semplice segno di ricchezza ed un rappresentativo soltanto dei valori, ma bensì una vera ricchezza, un equivalente dei valori, una merce intermedia a tutte le altre, universalmente

(1) App. Torino 26 gennaio 1853, Ricca c. Capello.
(2) Cassaz. francese 6 aprile 1841, Duprat.
(3) App. Parigi 27 aprile 1837, Rey c. Torin.
(4) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1367.

accettata (1). « Pecunia continetur appellatione mercis: merx potest emi et vendi, ut quotidie emitur et venditur: ergo pecunia etiam tamquam merx contractari potest » (2). « Generaliter crediderim mercis appellatione pecuniam contineri » (3). « Juxta veriorem et comuniorem doctorum opinionem, appellatione mercium in subjecta materia (quella dell'assicurazione delle merci caricate su una nave) etiam pecuniam numeratam comprehenditur » (4).

E non diversa dottrina professano gli scrittori e la giurisprudenza più recenti (5).

Sono considerate siccome merci le Fedi di Deposito, più conosciute sotto il nome inglese di *Warants*, le Polizze di carico e simili titoli, i quali danno diritto al portatore di avere una certa quantità di derrate o di merci, perchè essi sono rappresentativi delle derrate e delle merci medesime (6).

Possono essere pure comprese sotto la denominazione di merci le cose incorporali, *quæ in jure consistunt*, poichè esse pure possono essere oggetto di compra per rivendere, e di vendita con acquisto fatto a tale scopo; e se l'ORILLARD, da solo, per quanto io sappia, ha espresso un'opinione contraria (7), non è però da seguirsi, perchè sebbene, com'egli osserva, le cose incorporali non possano nè lavo-

(1) FERRARA, Introduzione al vol. 6°, sèrie 2ª, della Biblioteca dell'Economista, pag. 94 e seg. — LE TROSNE, Interesse sociale, capo 3°. — CHEVALIER, Tr. della moneta, capo 1°, opuscoli, VI. — G. B. SAY, Corso di econom., parte III, capo 6°.

(2) SCACCIA, De comm. et camb., § 1, Quest. IV, n. 29.

(3) STRACCA, De mercatura, pars 1, n. 75.

(4) CASAREGIS, De comm., Disc. 192, n. 12. — Ved. pure Disc. 1, n. 167, e 168, e Disc. 70, n. 14.

(5) VIDARI, n. 1622 e seg. — MASSÉ, n. 1389. — DELAMARRE e LEPOITVIN, Du contr. de comm., Tom. III, n. 10. — ORILLARD, De la comp. comm. n. 612. — Cassaz. Francese 6 agosto 1867, Gillain e Dethan c. Fournier, ed App. Bourges 19 genn. 1866, stessa causa.

(6) PARDESSUS, n. 10. — NOUGUIER, Des Trib. de Comm., tom. 1, pag. 359. — Legge 3 luglio 1871, n. 340 (serie 2ª) sui Magazzini Generali, il cui art. 34 dichiara espressamente atti di commercio le operazioni da essa legge contemplate.

(7) De la compét. comm., n. 281 e 282.

rarsi nè porsi in opera, nè locarsi, possono però rivendersi in natura; e d'altronde è di principio che la enumerazione degli atti di commercio dell' art. 3 è dimostrativa e non tassativa, e nell' articolo medesimo non mancano esempi di atti di commercio che si riferiscono a cose incorporali, come le operazioni di banca e le operazioni di mediazione: perciò anche le cose incorporali possono essere qualificate merci, quando lo spirito di speculazione ha presieduto all'operazione fatta sulle cose medesime (1).

Il *fondo di commercio*, che si compone di diversi elementi, i principali dei quali sono l'avviamento o la clientela, il nome, l'insegna, gli utensili, le merci propriamente dette e l'affittamento dei locali, e concorrono ora tutti, ora in parte soltanto, e che costituisce una universalità, un *jus universum*, deve certamente considerarsi come *merce*, semprecchè sia acquistato a scopo di lucro, perchè concorrerebbero gli estremi del n. 1° dell'art. 3; e se potè sollevarsi qualche dubbio nel caso in cui coll'avviamento ed altri simili elementi non siano state vendute merci propriamente dette, perchè in tal caso lo scopo della rivendita non risulterebbe così manifesto, come allorquando vi abbia pure la vendita di merci, il dubbio stesso deve essere eliminato, perchè l'avviamento comprato serve di mezzo alla rivendita di altra merce che sarà pure comprata, ed inoltre con questa si rivende in certa guisa una frazione dell'avviamento medesimo (2); e fu pur giustamente deciso che l'avviamento di un negozio come fonte di ricchezza è capace di apprezzamento e divisibile fra i comproprietari (3).

Possono comprendersi ancora sotto la denominazione di merci nel senso dell'articolo 3, e quindi costituire nella loro compra e vendita atto di commercio, i brevetti d'invenzione, i diritti di proprietà artistica e letteraria ed i crediti fatti a scopo di speculazione.

(1) DALLOZ, Rép., V. Acte de commerce, n. 44.

(2) MASSÉ, Le dr. comm. etc. n. 1390. — ALAUZET, Comm. du Cod. de Comm., n. 2968. — DALLOZ, Rép. V. Acte de comm., n. 58 e seg. — BÉDARRIDE, De la jurid. comm., n. 214.

(3) Cassaz. di Torino 25 agosto 1866, Rizzetti utrinque.

7. Dopo di essersi nel n. 1° dell'art. 3 stabilito che la legge reputa atti di commercio le compre di derrate e di merci per rivenderle, sia in natura, sia dopo averle lavorate e poste in opera o per darle in locazione, opportunamente si stabilisce nel n. 2° reputarsi atti di commercio le vendite e le locazioni delle derrate, merci, ecc., il cui acquisto sia stato fatto a tale scopo; e ciò perchè con le vendite e le locazioni medesime si raggiunge il fine della speculazicne propostasi all'atto della compera.

Per tal guisa si sono volute eliminare presso di noi le quistioni che potevano farsi (1), come si fecero in Francia, dove Locré ha insegnato il contrario (2), e fu seguito da Delamarre e Le Poitvin (3), da Alauzet (4) e da altri, e venne combattuto dal Nouguier (5), dal Pardessus (6) e dal Bedarride (7), alla dottrina dei quali fece adesione anche il Dalloz nella seconda edizione della sua opera, ripudiando l'altra opinione che aveva prima adottato (8).

È appena opportuno rammentare qui la eccezione che l'art. 5 fa alla detta regola dei n. 1° e 2° dell'art. 3, che cioè non costituisce atto di commercio la compra di derrate o di merci per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia, nè la rivendita che poi questi ne facesse; la quale eccezione è giustificata dalla considerazione che in tal caso manca lo scopo della speculazione.

8. In relazione alla disposizione del detto n. 2° ed alla ragione che l'informa, deve ritenersi che anche la vendita del negozio o di un fondo di commercio, e la cessione che un socio faccia all'altro della sua parte del negozio comune, sono atti di commercio, non per il solo compratore, come avvisa uno scrittore e giudicò

(1) Su questi articoli, I, n. 6.
(2) Esprit du Cod. de Comm., tom. 8, pag. 262.
(3) Tr. de dr. comm., tom. 1, n. 40.
(4) Comm. du Cod. de Comm., tom. 8, n. 2965.
(5) Des Trib. de Comm., etc., tom. 1, pag. 354.
(6) Cours de dr. comm., n. 20.
(7) De la jurisd. comm., n. 45.
(8) Répert., V. Acte de comm., n. 30 e 134, e V. Compét. comm., n. 48.

una sentenza da lui citata (1), ma anche da parte del venditore, quantunque questi abbandoni la mercatura, non solo perchè esse costituiscono vere vendite che il commerciante fa di oggetti del suo commercio, e che non perdono la qualità di vendite commerciali, per essere dessi gli atti con cui il venditore chiude la sua carriera commerciale (2), ma anche perchè sono atti di commercio per il solo fatto che si rivende ciò che si era acquistato a scopo appunto di rivendita, come dice il n. 2° dell'articolo 3.

Conviene però eccettuare, come osserva giustamente l'Alauzet, il caso della vendita del fondo di commercio fatta dall'erede, la quale eccezione venne implicitamente ritenuta da qualche giudicato (3).

9. Il n. 3° dell'art. 3 risolve legislativamente la quistione, se le compre e le rivendite degl'immobili fatte a scopo di speculazione costituiscano, oppure no, atto di commercio, e la risolve in senso affermativo, con una innovazione alla precedente legislazione nostra ed alle legislazioni straniere, che è largamente giustificata nei lavori legislativi (4), ed è pure magistralmente trattata da un chiaro scrittore, il quale dà contezza di tutti i precedenti e risponde a tutte le obbiezioni (5).

Mi sembra che rientrino nella disposizione del n. 3° dell'art. 3 anche le compre di beni immobili per darli in locazione, perchè anche la locazione può costituire oggetto di commerciale speculazione, come l'art. 3 espressamente dichiara al n. 1° nel particolare delle derrate e delle merci, e come la Relazione Mi-

(1) Massé, Le dr. comm. etc. n. 1390 in fine; App. Parigi 9 giugno 1869, Sarrat c. Le Révérend.

(2) Pardessus, *loco citato*; Bedarride, De la jurisd. comm., n. 214; Alauzet, Op. cit., n. 2968; Dalloz, Rép., Actes de comm., n. 58 e Compét. comm., n. 52; Namur, Le Cod. de Comm. Belge revisé, n. 51; Cassaz. franc. 7 giugno 1837, Capelle, e 17 luglio 1837 Flédive; App. Torino 26 gennaio 1864, Ricca c. Capello, 9 maggio 1864 Albert c. Morel e 19 agosto 1867, Bellino c. Barale.

(3) Cassaz. franc. 21 luglio 1873 e App. Parigi 3 maggio 1872, amendue in causa Veuve Ducharne c. Favier.

(4) Su questi articoli, I, n. 6 e 16.

(5) Vidari, Corso di dir. comm. n. 1374 a 1406.

nisteriale dimostra essere stato intendimento del legislatore, là dove ponendo una condizione o limitazione alla nuova teoria, su cui ritornerò più avanti, spiega non essere atto di commercio qualunque compra d'immobili per rivenderli, e *tanto meno per affittarli*: da ciò l'argomento che la compra di beni immobili anche per affittarli può essere atto di commercio, sebbene vi si richieda più rigorosamente la condizione, su cui ritornerò bentosto, che cioè si tratti di una vera e notoria speculazione commerciale.

Alla innovazione può farsi plauso, non ostante i dubbi che, fra altri, uno scrittore nostro già lodato ha manifestato ora è qualche anno sulla opportunità della innovazione medesima, che allora altri sollecitava (1).

È certamente giusta, come egli scrisse, la sentenza di TEOFRASTO e dei romani giureconsulti, che cioè « jura constitui opportet in his quæ ut plurimum accidunt, non quæ ex inopinato .... quod enim semel aut bis existit, prætereunt legislatores (2) »; ma se in altri tempi potevano qualificarsi *straordinarie* le società per la compra e la rivendita a cagion di lucro degli stabili, il TROPLONG già da oltre trent'anni osservava che « depuis les choses ont bien changé »; ed appunto perchè attualmente sovratutto le cose sono ben cambiate, e la quotidiana esperienza dimostra, come ritennero le due Relazioni testè citate, che gli stabili formano assai soventi materia di un vero commercio, possiamo, contro le considerazioni del lodato professore e ad onta del rispetto grandissimo che si deve ai nostri antichi maestri, discostarci dagl'insegnamenti di chi scriveva qualche secolo fa *Commercium est quasi commutatio mercium* (3), e molto tempo innanzi *Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet* (4), e possiamo pure non prendere rigorosamente alla lettera le definizioni che del commercio ci danno taluni economisti. Così se il nostro VERRI potè ai suoi tempi scrivere che il

(1) MAURIZI, Monografia succitata.
(2) LL. 3 e seg. Dig., *De legibus*.
(3) SCACCIA, De comm. et camb., Quest. 1, § 1, n. 5.
(4) ULPIANO, L. 66 ff., De verb. signif.

commercio fisicamente considerato ha inerente il trasporto delle mercanzie da un luogo all'altro (1), e GIAMBATTISTA SAY loda l'economista italiano, dicendo essere stato egli il primo che abbia indicato in che consista il principio ed il fondamento del commercio (2), il che però non si potrebbe prendere in senso materiale in presenza della circolazione delle merci che pure ha luogo colla semplice girata delle polizze di carico, delle lettere di vettura e secondo le più recenti leggi e consuetudini anche delle fedi e delle distinte di deposito; possiamo ritenere che per assimilazione ed analogia faccia commercio di stabili colui che li fa passare con rapida vicenda dagli uni agli altri, e si fa intermediario fra il grosso proprietario che vuol disfarsi del suo latifondo e la massa di quegli agricoltori che aspirano a prendere posto fra i piccoli proprietarii, o ad allargare la modesta loro possidenza.

È ben vero che il rigore delle forme ond'è circondato il sicuro trapasso degli stabili non si addice guari alla sollecitudine delle transazioni commerciali; ma tutto essendo relativo, il commercio degli stabili dovrà rimaner contento (e nella pratica lo fa) di quella sollecitudine che è compatibile colla materia su cui versa: e d'altronde non è punto improbabile che il fatto economico del trattare gli stabili come merci, dopo di essere diventato un fatto anche giuridico, sia occasione e spinta a migliorare le regole di diritto che governano il loro trapasso. — Augurandolo alla scienza, e più specialmente al nostro paese, in cui i buoni studi giuridici sono ritornati in onore, accettiamo la innovazione legislativa come corrispondente a quelle cose delle quali oramai si può dire col Giureconsulto che *plurimum accidunt.*

Nell'applicare la nuova disposizione legislativa converrà però contenerla nei giusti suoi limiti, quali sono spiegati nella surriportata Relazione Ministeriale, secondo cui non ogni compra d'immobili per rivenderli e tanto meno per affittarli, è atto di com-

(1) Meditazioni sull'economia politica, § IV.

(2) Tr. di economia politica, lib. I, capo II.

mercio, ma si richiede come condizione essenziale che l'operazione, ed anzi più comunemente la serie di operazioni consimili, a cui si faccia luogo, corrispondano ad una vera speculazione commerciale, o per la loro natura ed estensione, o per la destinazione degli edifici, ed in ogni caso per la intenzione delle parti: intorno al che non possono poi fornirsi regole, tutto dipendendo dalle circostanze particolari del caso, ed essendone abbandonata la estimazione, come dice pure la Relazione Ministeriale al Senato, alla prudenza dei Magistrati (1); i quali dovranno pur procedere con una certa ritenutezza, acciò non avvenga l'inconveniente temuto dalla Camera di Commercio di Roma, che cioè la vita civile vada assorbita e confusa con quella del commerciante (2).

Giova anche tener presente l'avvertenza che venne fatta nella surriportata Relazione della Commissione Senatoria a proposito delle discussioni che insorgessero e degli atti giudiziari che fossero necessari in dipendenza di compre e rivendite d'immobili, fatte a scopo di speculazione commerciale, per la loro espropriazione, per i giudizi di graduazione e simili: quando il caso si verificasse, i Tribunali di Commercio dovrebbero rinviare siffatte discussioni e domande ai Tribunali Civili, siccome avviene quando in giudizi commerciali sorgono dispute che escono dalla competenza del Tribunale consolare, nel qual senso precisamente venne fatta l'avvertenza anzidetta (3).

Inoltre anche le compre e le rivendite d'immobili fatte a scopo di speculazione commerciale debbono, sotto pena di nullità, farsi per atto pubblico o per scrittura privata, giusta la disposizione finale dell'art. 44 di questo Codice che richiama la disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile; e ad esse pure sono applicabili le disposizioni relative alla trascrizione ed alle ipoteche, come risulta anche dalle surriportate parole della Relazione Ministeriale al Senato, che spiegano essersi voluto mantenere codeste garanzie,

(1) Su questi articoli, I, n. 5.

(2) Osservazioni e pareri della Magistratura, delle Camere di Commercio, ecc. sul Progetto preliminare del Codice di Commercio, pag. 22.

(3) Su questi articoli, I, n. 14.

che ben a ragione si dissero compatibili con l'indole dell'atto commerciale, come non si è mai dubitato che lo fossero le registrazioni e le trascrizioni dei contratti relativi alle navi.

Sotto l'attuale nostra legge tanto più devono considerarsi atti di commercio, poichè si riguardavano tali anche sotto la legislazione precedente, e le si riguardano ancora oggidì sotto analoghe leggi straniere, l'acquisto di una casa per demolirla e rivenderne i materiali per speculazione, l'acquisto delle piante di una selva per atterrarle e rivenderle, e quello di minerale e di pietre ancora da scavarsi, pure per iscopo di rivendita, sebbene le miniere e le cave siano dichiarate immobili dall'art. 16 della Legge 20 novembre 1859, n. 3755; e ciò pel principio novello consacrato dal n. 3° dell'art. 3, e senza che sia bisogno di cercarne la giustificazione nella considerazione che presso di noi altre volte facevasi e si fa ancora sotto altre legislazioni, e cioè che in tali casi avvenga per volontà delle parti una specie di separazione e di mobilizzazione virtuale dei materiali componenti la casa, delle piante, delle pietre e del minerale, dal suolo a cui sono materialmente aderenti, e che inoltre il diritto che acquista il compratore riguardi *aliquid mobile*, cioè cose che diverranno mobili pel fatto stesso della consecuzione loro (1).

10. Devono reputarsi atti di commercio anche le permute delle derrate, delle merci e degl'immobili, di cui è parola nei numeri 1° a 3° dell'art. 3, semprecchè siano fatte nelle condizioni ivi indicate, cioè per rivenderle o per darle in locazione, ed a scopo di speculazione commerciale (2); e ciò pel principio che la enumerazione degli atti di commercio è semplicemente dimostrativa, e perchè la compra e la permuta hanno i più intimi rapporti di analogia (3): « permutatio vicina emptioni » (4); ed anzi la per-

(1) Demolombe, tom. 9, n. 154 e seg., Dalloz, Rép. V. Biens, n. 37 e seg. e Actes de comm., n. 42 e 43, ed altri scrittori. — Cassaz. Torino 9 maggio 1867, Debenedetti c. Ramelli ed altre sentenze.

(2) Dalloz, Acte de commerce, n. 27.

(3) V. art. 1447, 1549, 1550 e 1555 Cod. Civ.

(4) L. 8 ff. De rer. permutat.

muta, oggidì ancora il solo mezzo di commercio coi paesi selvaggi, diede origine alla vendita: « Origo emendi vendendique a permutatione coepit: olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud praetium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret » (1).

E se nelle disputazioni che facevansi tra SABINIANI e PROCULEJANI sul punto se lo scambio di cose dovesse appellarsi compra-vendita o permuta, ULPIANO adottò quest'ultima opinione (2), la distinzione fra i due contratti non esclude la loro analogia, la quale è confermata dalla ragione della loro differenza, che cioè « emptio fit praetio, permutatio fit rebus » (3): difatti lo STRACCA nella sua definizione del commerciante contemplava espressamente la permuta fra gli atti la cui frequenza vale ad attribuire codesta qualificazione, scrivendo che « mercator est qui negotiationis seu negotiationum exercendarum, quaestusque liciti faciendi causa, frequenter merces permutat seu emit... » (4).

11. Anche la locazione di merci e d'immobili per iscopo di sublocazione può considerarsi siccome atto di commercio (5): ciò venne opportunamente dichiarato nel n. 2° dell'art. 3 per le merci, e può nei casi congrui ritenersi per gl'immobili, perchè oltre all'analogia che vi ha, per esempio, fra colui che compra e quegli che prende in affitto una nave per trasportare passeggieri e mercanzie, fra l'albergatore che compra e quello che prende in affitto stabili o mobili per uso del proprio albergo, bene osservò il MERLIN sulle

(1) ULPIANO, L. 1 ff., De contrah. empt.

(2) Ibid.

(3) CUJACIO, Sul Cod., De rer. permutat.

(4) De mercatura, pars 1, n. 4.

(5) MERLIN, Quest. de dr., V. Commerce (Acte de), § VI, n. III; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 32.

traccie del Pothier (1), che il contratto di locazione si risolve in una specie di vendita, comprendendo in certa guisa la vendita del godimento e dell'uso della cosa locata, durante il tempo della locazione.

La locazione degl'immobili può reputarsi atto di commercio riguardo al proprietario, nei casi in cui egli li abbia comperati per speculare sulla loro locazione appunto, perchè in tal caso concorrerebbero gli estremi di cui si è parlato superiormente che valgono ad imprimere ad un atto il carattere di commerciale, come nel caso di Società le quali siansi costituite non solo per l'acquisto e la rivendita di beni immobili, ma anche per dare in locazione o gli edifizi da esse costrutti, o le terre bonificate (2): ed invece non farebbe atto di commercio il proprietario di un edificio avente forza motrice, che affittasse l'edificio stesso anche a più conduttori, dividendo fra essi la stessa forza motrice, ed assumendo nel contratto l'onere della manutenzione ed anche quello di alimentare la macchina a vapore da cui fosse generata la forza motrice: non lo farebbe del pari un proprietario di un'officina che l'affittasse insieme ai mobili che servono all'industria che vi si esercita; nè il proprietario di un teatro che lo affittasse per darvi spettacoli, anche se il prezzo della locazione fosse stabilito in proporzione degli introiti. Quando in punto di fatto non avesse preceduto la compra dell'edificio per speculare sulla sua locazione, non si avrebbe che l'atto civile con cui il proprietario trae profitto del suo stabile nel modo che gli conviene, e coi pesi che ha creduto di assumere.

Riguardo poi al conduttore, la locazione degl'immobili può costituire atto di commercio, ovvero no, secondo lo scopo del conduttore medesimo.

Questi scopi possono essere: o quello di occupare l'immobile, sia per uso di commercio, sia per usi al commercio estranei; o quello di trarre dal terreno i frutti ovvero i prodotti naturali, solcandone i primi strati per eccitarvi quegli elementi fecondatori

(1) Tr. du louage, n. 4.
(2) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1397.

che servono alla germinazione degli erbaggi e dei cereali ed alla vegetazione delle piante, o quello di addentrarsi nelle viscere della terra per ricercarvi le sostanze minèrali (minerali propriamente detti, torba, sabbia e terre metallifere, pietre da costruzione, da ornamento o da calce, lavagne, ecc. ecc. — art. 13 della Legge 20 novembre 1859 sulle miniere e cave), ovvero ancora lo scopo di ricavare i frutti civili di cui gl'immobili sono suscettivi, mediante sublocazioni parziali.

Nessun dubbio naturalmente che non fa atto di commercio chi prende in locazione immobili per usi estranei al commercio; e quanto agli altri usi per i quali la locazione sia fatta, sotto l'influenza dell'antica teoria, che le sole cose mobili potessero essere materia di commercio, appena era se si considerasse atto di commercio la coltivazione delle sostanze minerali da parte di Società commerciali, e si ritenesse che in tal caso la coltivazione medesima, sebbene versasse su un immobile (art. 16 e 17 di detta legge) e non fosse quindi di per sè atto di commercio, cangiasse natura e si trasformasse in atto commerciale (1).

Eliminata ora la detta teorica, per dar luogo a quella che la funzione commerciale può esercitarsi anche sugli immobili, perchè nello sviluppo della vita economica moderna, come osserva la Relazione Ministeriale al Senato, anche la proprietà immobiliare non di rado addiviene istrumento operoso e fecondo di speculazioni commerciali, la locazione degli immobili può reputarsi atto di commercio, in qualunque modo il conduttore ne tragga profitto.

Però non bisogna dimenticare, per non cadere in errore e nell'inconveniente segnalato dalla Camera di Commercio di Roma, di scambiare cioè gli atti della vita civile in pretesi atti commerciali (2), la condizione e quasi la limitazione che il nostro legislatore per organo del sapiente Ministro, ha posta alla novella

(1) App. Torino 19 dic. 1863, Demorri c. Negri; 12 giugno 1865, Sanna c. Ravasco; 7 ottobre 1868 Mongenet c. Tinetti; Cass. Torino 10 agosto 1867, Sanna c. Ravasco; Cass. Firenze 23 dicembre 1867, Dubosch c. Sanna; Dalloz, Rép., V. Acte de commerce, n. 276 e seg., con numerose citazioni.

(2) Osservazioni della Magistratura, ecc., pag. 22.

teoria, e che ho già richiamata superiormente (n. 9), cioè la condizione essenziale che l'operazione, o più comunemente una serie di operazioni consimili, siano tali per la loro natura ed estensione e per la intenzione delle parti, da realizzare il fine di una vera speculazione commerciale; e quindi diremo atto di commercio la locazione dell'immobile per uso del commercio o dell'industria del conduttore, contro ciò che prima dell'attuale Codice generalmente si giudicava (1): quella di numerosi ed importanti edifizi per subaffittarli parzialmente, e farne speculazione su larga scala; quella di rilevanti fondi rustici per fare su larga scala del pari la speculazione dell'industria agraria; e quella pure di miniere, torbe, o cave per estrarne quantità importanti di sostanze minerali e venderle. E sebbene l'abitudine quasi mi porterebbe a dire che in queste ultime è più spiccato il carattere commerciale, la ragione mi richiama alla considerazione che in sè medesimo non è diverso il lavoro compiuto da chi solca i primi strati del terreno e li semina per averne cereali e foraggi, e li porta sul mercato, e quello fatto da colui che addentrandosi maggiormente nelle viscere della terra, ne estrae metalli, pietre o torba, e porta pure sul mercato questi prodotti: quando l'una come l'altra cosa, sia fatta in condizioni ed in proporzioni da potersi dire che si tratti di una vera speculazione commerciale, si avrà pur sempre un atto di commercio; ma diversamente non lo sarebbe.

Non potrebbe poi considerarsi siccome atto di commercio il comodato di mobili, perchè è contratto essenzialmente gratuito, e come tale esclude ogni idea di speculazione e di lucro (2).

12. La locazione d'opera non può costituire atto di commercio da parte del locatore: così non fanno atto di commercio nè gli operai, nè i capi-fabbrica, nè i commessi anche interessati, perchè essi non fanno alcuna speculazione, ma mirano soltanto a trar pro-

(1) App. Genova 22 aprile 1878, Manzi c. Molfini; Cassaz. Roma 13 giugno 1877, Mele c. Valle; Cassaz. Torino 27 luglio 1875, Astengo c. Bromioli Brondi.

(2) App. Genova 3 marzo 1863, Bozzo c. Prato.

fitto dall'opera loro personale: fa in vece atto di commercio chi per l'andamento della sua azienda commerciale o per qualche affare speciale di commercio loca l'opera di altri; e lo fa pure chi recluta dei lavoratori per mandarli in un determinato luogo e per un tempo ed un compenso pure determinati, e cede poi i relativi contratti ad altri per iscopo di speculazione (1): lo fanno i commercianti nel commettere riparazioni ed abbellimenti ai proprii stabilimenti, come venne giudicato del caffettiere e dell'albergatore (2); e lo fa pure l'impresario di spettacoli pubblici nel contratto coll'architetto per la costruzione del teatro destinato agli stessi spettacoli, come venne pur giudicato, anche nel sistema che non ammette in generale che le operazioni sugl'immobili possano essere commerciali (3).

13. Carattere comune e dominante degli atti di cui nei primi tre numeri dell'art. 3 per essere reputati di commercio, si è lo scopo della speculazione, e cioè che le compre, le vendite e le locazioni e sublocazioni siano compiute *quaestus faciendi causa.*

Allorchè manchi questo estremo, l'atto cessa di essere commerciale, salvo che la legge dichiari espressamente di reputarlo tale per considerazioni speciali, come accade, a modo di esempio, per le operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno rilasciate dai magazzini generali.

Un esempio di atto non commerciale per difetto dell'intento di speculazione, è fornito dalle negoziazioni dei bestiami in fiere e mercati, nelle quali nè la giurisprudenza, nè il legislatore, hanno voluto scorgere atti di commercio per sè medesime, ed indipendentemente dallo scopo di speculazione che esse avessero, come risulta da sentenze della Corte di Cassazione di

(1) Cassaz. franc. 10 nov. 1858, Lory e Pitel c. Boyer.

(2) App. Bourges 15 febbraio 1842, Simmonot c. Dolgobio, e Rouen 2 gennaio 1858.

(3) App. Parigi 20 luglio 1837 (Gazz. des trib., 20 settembre 1837). — Nouguier, Des Trib. de Comm. etc., tom. I, pag. 445; Dalloz, Répert., V. Acte de commerce, n. 241.

Firenze (1), e dalle discussioni su questo Codice avvenute alla Camera dei deputati (2), le quali dimostrano, che Relatore e Ministro Guardasigilli furono concordi nel non considerare le negoziazioni anzidette quali atti di commercio; essendo poi stato da quest'ultimo giustamente moderato, riferendosi alla giurisprudenza, quello che per avventura vi era stato di troppo largo nel concetto del primo nel particolare dell'ammessione della prova testimoniale in senso dell'art. 1348 del Codice Civile, quando per amendue le parti simili contratti costituissero atti civili.

Le discussioni poi sovra riportate, che ebbero luogo nel seno della prima Commissione del Codice (3), dimostrano che si è voluto propriamente stabilire che gli atti anzidetti, di cui nei primi tre numeri dell'art. 3, abbiano a reputarsi di commercio, anche se siano fatti dal non commerciante quando abbiano scopo di lucro.

Su questo particolare la legge non dà altra norma che quella scritta nell'art. 5 relativamente alla compera ed alla rivendita di derrate e merci, là dove si dichiara non essere atto di commercio la compra che sia fatta per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia, nè la rivendita che poi se ne facesse, e perciò in tale materia molto dipende dalla prudente estimazione che il giudice deve fare delle particolari circostanze del caso.

Relativamente alla detta regola dell'art. 5, sebbene in esso più non sia stata aggiunta la limitazione del n. 1 dell'art. 2 del Codice precedente, che cioè non sia atto di commercio la compra di derrate e di merci fatta per uso di famiglia, *purchè non ecceda i bisogni di questa*, la limitazione medesima deve pur sempre ritenersi, come quella che è conforme alla natura delle cose, e che ha potuto essere taciuta perchè chiaramente sottintesa.

(1) Cassaz. Firenze 12 maggio 1874, Lorenzoni c. Cannucci, e 27 dicembre 1877, Benucci c. Baroni.

(2) Su questi articoli, I, n. 27.

(3) Su questi articoli, I, n. 25. Possono poi vedersi le lunghe discussioni che a tal riguardo ebbero luogo in occasione del Codice di Commercio francese nel Locré, Esprit du Code de Comm., tom. VIII, tit. II, p. IV, div. 1, § 1, n. 1, e Legislat. comm. tom. XX, part. 2, IX, 5.

E quanto alla prudente estimazione da farsi dal giudice delle particolari circostanze dei casi, non è materia che comporti regole fisse: le circostanze nelle quali il contratto sarà stato combinato, la sua importanza, la qualità del titolo emesso a rappresentare il prezzo, la corrispondenza che l'avrà preceduto, ed altri simili documenti, forniranno ai Tribunali gli elementi per apprezzare l'intenzione dei contraenti; e come esempi di decisioni date dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dirò che furono giustamente ritenute atti di commercio le compre di derrate pel mantenimento di operai e commessi e di animali addetti all'esercizio del commercio, purchè si riferiscano al commercio medesimo (1); che si deve presumere che i mobili comprati da un albergatore debbano servire pel suo commercio, anzichè per suo uso particolare, e quindi siano stati comperati a fine di speculazione (2); che si deve presumere fatto con intenzione di speculazione l'acquisto di una quantità di derrate e di merci che sia sproporzionato ai bisogni del consumo e dell'uso del compratore (3); che deve ritenersi atto di commercio la compra, anche da parte di chi non sia commerciante, di merci destinate ad essere trasportate per via di terra o di acqua, affine di essere vendute (4); che non si potrebbe invece ritenere atto di commercio il fatto d'un figlio di famiglia che avesse comperato merci oltre i di lui bisogni e le avesse successivamente vendute, quando egli non abbia mai professato il commercio (5); che del pari non potrebbe considerarsi atto di commercio l'acquisto di derrate per rivenderle, che facesse la pubblica amministrazione in tempo di carestia (6); nè quello di una Società cooperativa di consumazione, la quale si limiti a vendere le derrate comperate ai

(1) Massé, Le dr. comm. etc., n. 967.

(2) App. Bordeaux 13 luglio 1841, *Penicoud*.

(3) App. Genova 20 maggio 1861, Guastavino c. Caviglia; App. Torino 14 novembre 1862, Mosso c. Vallabrega.

(4) Cassaz. franc. 21 aprile 1852, Lecoat c. Chomet.

(5) Cassaz. Torino 27 febb. 1862, Bogliotto c. Levro.

(6) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 12; Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 54.

soci, a condizioni precedentemente convenute e nell'esclusivo loro interesse (1).

14. L'intenzione di rivendere, di affittare o di subaffittare per iscopo di speculazione non altrimenti costituisce commerciale l'atto, salvochè sia *contemporanea* alla compra, perchè ciò che costituisce l'operazione commerciale e l'atto di commercio, è il concorso di queste due idee: comperare a buon prezzo, e vendere a prezzo elevato. — Codesta intenzione ed il fatto stesso della rivendita, della locazione e della sublocazione sopravvenuti soltanto più tardi, per qualsiasi motivo, non basterebbero; e per contro la compra accompagnata da detta intenzione rimarrebbe atto commerciale anche se in progresso di tempo l'intenzione venisse a cangiarsi, e la rivendita, la locazione o la sublocazione più non si effettuassero (2).

La rivendita a cagione di lucro, che si abbia per iscopo, non attribuisce alla relativa compra il carattere commerciale, e non lo ha essa medesima, se non quando essa sia *principale*, cioè quando la rivendita medesima sia lo scopo precipuo della compera, e questa non sia stata per avventura mezzo all'esercizio di qualche arte o professione, o ad intento estraneo al commercio.

15. Molti sono i casi in cui questi principii ricevono applicazione.

La compra che un proprietario fa di botti o di altri recipienti per riporvi i vini, i liquori o gli olii fabbricati coi suoi raccolti e per rivenderli con essi, non è atto di commercio, perchè le cose comprate non sono che un accessorio della cosa che si vende, e questa non si è comperata per rivendere (3).

Per lo stesso motivo non è atto di commercio la compra di seme bachi che un proprietario fa per utilizzare la foglia di gelsi del suo podere, qualunque patto abbia fatto col venditore, qualunque modo adoperi per la produzione dei bozzoli, e per quanto abbia dovuto

(1) App. Bourges 19 gennaio 1869, Masson c. Bordet.

(2) Nouguier, Des Trib. de Comm., tom. 1. pag. 362 e 363; Dalloz, Rép. V. Acte de comm., n. 53.

(3) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 13.

comperare una certa quantità di foglia di gelsi per insufficienza della propria (1).

Così si dica della compra che l'agricoltore faccia di bestiami magri per rivenderli dopo ingrassati coi suoi foraggi, se anche debba comperarne altri per supplire alla insufficienza dei proprii, salvo che dalle circostanze risulti essere stato proposito del compratore di trarre profitto dalla rivendita degli animali, anzichè di giovare all'agricoltura (2).

Così del pari non sono atti di commercio le compere con cui lo scrittore si procacci la carta e le altre cose necessarie a far stampare e poi a vendere la sua opera (3), salvo però che si trattasse di opera che non fosse propriamente il prodotto dell'ingegno, ma una semplice compilazione di cose note, come l'indicazione delle strade, dei monumenti e delle curiosità di una città (4); come non lo è rispetto all'autore la società fra questi e lo stampatore per la vendita dell'opera del primo (5), nè il contratto con cui l'autore cede ad un editore il diritto di pubblicare e di vendere la sua opera, patteggiando la metà dei proventi a suo vantaggio e la metà delle spese a suo carico (6); e ciò perchè l'autore di un'opera ha per iscopo principale di divulgare i proprii pensamenti, e perchè, per dirlo colle acconcie parole di una sentenza del Tribunale di Commercio di Torino, « le muse non tengono banco, non sono mercantesse, e le opere scientifiche e le letterarie da cui gli autori, più che il lucro, si ripromettono la gloria, non sono da pareggiarsi alle balle di seta e di cotone (7) ».

(1) App. Torino 1 febb. 1869, Baroni c. Abbate.

(2) Pardessus, n. 14; Bedarride, De la jurisd. comm., n. 207 a 209; Mantelli, Giurispr. comm., tom. 2, pag. 403 nota; Caveri, Giur. comm., tom. 4, pag. 219, e Sent. Trib. di Comm. di Livorno 7 giugno 1864 ivi citata, e Cassaz. franc. 7 aprile 1869, Lequime c. Lepère. — *Contra* Massé, Le dr. comm. etc., n. 22.

(3) Dalloz, Rép. V. Acte de comm., n. 88; Merlin, Quest. de dr., V. Commerce (Acte de), § III; App. Napoli 13 dic. 1851 (Gazz. di Napoli, vi, 665).

(4) App. Parigi 9 febb. 1851, *George*.

(5) App. Parigi 23 dic. 1840. — *Contra* Pardessus, n. 13.

(6) Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 88, 89 e 90, e sentenze ivi citate.

(7) Sent. 20 maggio 1862, Toselli c. Pietracqua.

Venne pure giudicato che non fa atto di commercio l'autore di opere letterarie o scientifiche, pubblicandole sia personalmente sia col mezzo di un editore, anche quando si procura il concorso di altri scrittori per la formazione delle opere medesime (1).

Lo stesso deve dirsi delle compre fatte dallo scrittore di un giornale per la pubblicazione del medesimo, colla distinzione però opportunamente fatta in una sentenza della Corte d'Appello di Torino (2), che cioè se esse non possono considerarsi atti di commercio quando una parte almeno del giornale si trovi consacrata alla discussione di quistioni politiche, letterarie o scientifiche, perchè in tal caso esso è principalmente opera dell'ingegno e si deve presumere diretto a scopo più elevato di quello della speculazione e del lucro, debbono invece considerarsi atti commerciali, quando il giornale non contenga che la narrazione di fatti accaduti ed inserzioni d'annunzi ed avvisi, lavoro pressochè materiale, che fa supporre un semplice scopo di speculazione. Non poche sentenze s'informano a questa giusta teoria, insegnata anche dagli scrittori, non senza però qualche divergenza tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina (3). È ben inteso poi che la cosa è diversa quando il giornale sia pubblicato per conto ed interesse di persone diverse da quelle che vi concorrono coll'opera del proprio ingegno, le quali siano compensate dalle prime, e queste così mettano in essere un'impresa per trovare un vantaggio pecuniario (4).

(1) App. Parigi 2 luglio 1880, Sirey, Berthaut ed altri c. Soc. du Recueil de Sirey et du Journal du Palais.

(2) 21 marzo 1864, Maccia c. Levi.

(3) Dalloz, Rép. V. Acte de comm., n. 92; Orillard, De la compét. comm., n. 262.

App. Torino 24 aprile 1861, Noto Badge c. Steffenone, e 13 ottobre 1861, Faziola c. Astengo; Trib. comm. Genova 22 luglio 1849, Pieri c. Bonvicini; Trib. d'App. Milano 16 agosto 1861, Fortis c. Redaelli; Trib. di III istanza per la Lombardia, 1861, stesse parti.

(4) App. Milano 21 luglio 1874, Berrini c. Aliprandi; Trib. comm. Torino 28 aprile 1862, Sanna c. Denina e Marazio e 7 luglio 1863, Revacco c. Birago. — Dalloz, Rép., V. Acte de comm., n. 91 a 94, e sent. ivi citate.

Fu pure giustamente deciso che non costituisce atto di commercio nemmeno la compra di carta fatta da uno scrittore per stampare un suo lavoro, e la vendita poi fattane per non averla trovata adatta al detto uso (1).

Nemmeno sono atti di commercio le compre che il pittore fa delle tele, dei colori, ecc., che devono servire ai suoi quadri, e quelle che fa lo scultore dei marmi destinati a scolpire le sue statue; e ciò pel doppio motivo, che gli oggetti anzidetti non sono che mezzi alla produzione del quadro e della statua, il cui pregio principale consisterà nel concetto che li informerà e nella esecuzione loro, e che il pittore e lo scultore sono mossi più dal nobile amore all'arte loro, che da spirito di speculazione (2).

In vece sono da considerarsi atti di commercio le compre dei fotografi per ottenere e smerciare i loro prodotti, perchè questi, anzichè una creazione della mente, sono una riproduzione meccanica, più o meno esatta secondo la perizia di chi usa le macchine, e la maggiore o minore perfezione di queste. Inoltre i fotografi riproducono e smerciano lo stesso lavoro in un gran numero di copie, e questo smercio riconferma il concetto dell'atto commerciale (3).

Non sono atti di commercio le compre fatte dai capi di case di educazione, di derrate e di altri oggetti necessari al nutri-

(1) Cassaz. Torino 26 aprile 1872, Mattia c. Martini.

(2) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 15; Bedarride, De la jurisd. comm., n. 230; Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 2966; App. Parigi 5 maggio 1855; App. Lione 19 marzo 1863, Faverion c. Morgane.

(3) App. Napoli, 2 agosto 1867, Grillet Feunet c. Blanc; App. Torino 8 febb. 1868, Mannati c. Rove; 25 aprile 1864, Berra c. Mecco; 20 ottobre 1861, Duroni c. Tuminello. — *Contra* App. Parigi 10 aprile 1862, Mayer c. Pierson.

Le due ultime sentenze sono anche discordi sul punto, che ebbero pure a risolvere, se i prodotti fotografici possano formare materia di proprietà artistica, avendolo negato la Corte torinese, e la Corte di Parigi avendone ammessa invece la possibilità, lasciando ai Tribunali di determinare nei singoli casi quando possa aver luogo.

mento ed a provvedere ad altri simili bisogni degli allievi dei loro stabilimenti, perchè quelle compere non sono che accessorie allo scopo degli stabilimenti medesimi, che consiste nell'educazione degli allievi; e non lo sarebbero nè meno se per far valere lo stabilimento si fosse costituita una società e si fossero fatte le relative pubblicazioni, perchè per la sua materia rimane escluso dalla operazione il carattere commerciale, e la pubblicazione dell'atto di società non può tramutare questa da civile in commerciale (1).

Sono pure da escludersi dal novero degli atti di commercio le compre che facciano il medico per la casa di salute che abbia stabilito, e la levatrice, la quale riceva pensionanti per apprestar loro le cure della sua professione; e ciò pel motivo comune che gli oggetti forniti agli ammalati ed alle pensionanti non sono che l'accessorio delle cure loro prodigate. Dovrebbesi però naturalmente far eccezione pel caso in cui il medico affidasse ad altri medici la cura degli ammalati, riservando a sè l'amministrazione dello stabilimento; mentre invece non sembra che l'eccezione possa farsi, con qualche scrittore e qualche giudicato, per il caso in cui il numero delle pensionanti o dei malati sia considerevole, poichè il numero maggiore o minore non toglie alla sostanza della cosa (2).

Quanto al dentista che compra oro, platino, denti d'ippopotamo, ecc., si è giustamente fatta distinzione nel seguente senso: se egli non tiene magazzino di denti e dentiere artificiali, e stabilimenti industriali a tale scopo; se egli forma soltanto per i suoi clienti apparecchi che loro applica a misura delle domande che gli si fanno, non può dirsi che faccia atto di commercio, nè che sia commerciante: fare denti finti non è la sua professione abi-

(1) App. Milano 2 ottobre 1880, Balbi; — Locré, Esprit du Cod. de Comm. sugli art. 631 a 639, tom. 8, pag. 300; Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 98 a 102 e Faillite, n. 1396 e sentenze ivi citate.

(2) Nouguier, tom. 1, pag. 383; Bedarride, De la jurisd. comm., n. 232; Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 105 e Commerçants, n. 30. — App. Parigi 15 aprile 1837 e 9 aprile 1847; Cassaz. francese, 30 agosto 1833, 22 agosto 1845, 18 giugno 1846 e 12 settembre stesso anno.

tuale nè principale: quello che egli compera e rivende dopo di averlo lavorato come operaio, non è che un accessorio ed un accessorio quasi necessario della sua professione, che non è commerciale (1).

L'artiere non fa atto di commercio, nè quando acquista gli utensili e le materie prime che gli possono essere necessari per esercitare la sua arte, nè quando vende il frutto del suo lavoro, perchè col primo atto si prepara di che poter lavorare, e coll'altro trae profitto dalla propria industria, e non traffica, ma si procura di che campare la vita (2); ed appunto per ciò questa mi sembra soluzione più corretta di quella che alla quistione era stata data nei lavori preparatorii del Codice di Commercio Albertino, dal quale si rileva che la Commissione di legislazione aveva bensì voluto dichiarare, con un capoverso dell'articolo del Progetto, che divenne poi il 672 di quel Codice, che simili compre non fossero atti di commercio, ma poi lo soppresse sull'avviso dei magistrati e della Camera di Commercio, che ritennero si trattasse veramente di atti di commercio, ed espressero il timore che la proposta riuscisse pregiudizievole agli artigiani, perchè più difficilmente avrebbero ottenuto credito (3).

Quistione molto controversa fra gli scrittori e che divide la giurisprudenza, è quella, se le compre che fa il farmacista per l'esercizio della farmacia costituiscano, ovvero no, atti di commercio.

Gli scrittori ed i giudicati che lo negano, adducono sostanzialmente per motivi: che la farmacia costituisce una scienza, compagna inseparabile della medicina, e che dedicata com'è allo stesso scopo, facendo uso degli stessi mezzi e bisognevole di studi analoghi, non può essere un commercio, mentre la medicina è una pro-

(1) App. Milano 13 genn. 1873, Arbib c. Sindacato del suo fallimento; App. Parigi 24 genn. 1849, Rossi c. Roumette, e 8 aprile 1858, Desmontis c. Rossi.

(2) App. Torino 16 dic. 1879, Montù c. Operti.

(3) Progetto del Codice di Comm. Albertino, pag. 288. — Risposte della Regia Commissione di legislazione alle osservazioni dei Senati, ecc., pag. 446 e seg.

fessione liberale; che se il farmacista compra droghe e le rivende convertite in medicine, il loro valore venale è pressochè nullo, e ciò che loro conferisce pregio è la scienza del farmacista; che l'opera del farmacista medesimo cambia la natura e la sostanza delle materie prime da lui comperate; che se talvolta il farmacista vende le cose da lui acquistate senza averle manipolate, codesti sono atti puramente accidentali e non propriamente costitutivi dell'esercizio della sua professione; e che ripugna dare la qualificazione di commerciante a chi esercita una professione per la quale sono necessari studi e cognizioni speciali ed un'apposita autorizzazione, che li sottopone a leggi ed a regolamenti particolari (1).

Gli scrittori ed i giudicati poi che tengono le compre dei farmacisti come atti di commercio considerano: che è cosa meno esatta e meno conforme alla realtà delle cose lo assimilare quasi la farmacia alla medicina, mentre questa nulla vende e quella si occupa sempre di compre e di rivendite; che è pure meno esatto il dire che le materie prime comperate dal farmacista siano di valore pressochè nullo e che la preparazione ed il lavoro del farmacista siano quasi esclusivamente ciò che loro attribuisce pregio; che inoltre oggimai nei farmacisti prevalga l'uso di provvedersi dagli stabilimenti chimici anche di farmachi già preparati; che sia anche cosa meno esatta il dire che le vendite di cose non preparate siano atti quasi accidentali nell'esercizio delle farmacie, e sia invece un fatto quotidianamente ripetuto quello che i farmacisti comperino per rivendere tal quali, ed istrumenti destinati a curare malattie od a ministrar medicine, e medicine già preparate; che se la farmaceutica può qualificarsi una professione liberale per gli studi scien-

(1) Nouguier, Des Trib. de Comm., tom. 1, pag. 380; Orillard, De la jurisd. comm., n. 278; Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 106, Commerçants, n. 31 e Médecine n. 190; Namur, Le code de comm. Belge revisé, interprété, ecc., n. 49.

Senato di Torino 17 genn. 1818 e 20 agosto 1843 (Mantelli, Giurisp., comm., tom. III, pag. 149 e 152); App. Genova 30 dic. 1859, Degregori c. Malatesta; 8 giugno 1860, Loddola c. Dodero, e 7 aprile 1866, Bado c. Andena; App. Montpellier, 19 febbraio 1836.

tifici che richiede, e se nell'interesse pubblico il suo esercizio è soggetto a certe discipline ed a certo controllo, ciò non esclude che nel fatto il suo esercizio medesimo vada unito a quello di atti di commercio; che infine il farmacista fa abitualmente compra di merci per rivenderle (1).

Sembra che sia da preferirsi la dottrina della commercialità delle compre dei farmacisti; ed anche il linguaggio del legislatore nostro ciò conferma, poichè il capoverso dell'art. 30 della Legge sulla sanità pubblica del 20 marzo 1865, all. C, stabilisce che fino a che una legge speciale provveda, nulla è innovato quanto all'esercizio del *commercio* e della *industria delle farmacie*.

La compra-vendita di una farmacia dovrà poi considerarsi come un atto di commercio, anche per quanto concerne le relative piazze, sebbene queste abbiano nelle antiche provincie del Regno carattere d'immobili, giusta le RR. Patenti 13 giugno 1839, state conservate in vigore colla ora citata disposizione di legge, e ciò perchè anche gl'immobili possono oramai formare oggetto di atti di commercio (2).

Intimamente connessa a tale quistione è quella se i farmacisti debbano essere senz'altro riguardati commercianti, e di cui giova ora dire una parola: pei motivi ora addotti mi sembra che debba risolversi affermativamente; e si hanno difatti sentenze le quali li ritengono tali indipendentemente dalla compra e rivendita di oggetti diversi dai medicinali propriamente detti, pur dicendosi

(1) Bedarride, De la jurisd. comm., n. 235 e seg.; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 16; Molinier, Dr. comm., n. 133; Alauzet, Comm. du Code de Comm., n. 2998.

Consolato di Torino 26 marzo 1818, 24 maggio 1837, 28 agosto 1843 ed altre sentenze, riferite nel Mantelli, Giur. comm., III, 145; App. Torino 7 aprile 1862, Borsarelli c. Chicco, 10 aprile 1865, Testore e Gruner, 7 ottobre 1869, Rebaudengo c. Gallo; App. Firenze agosto 1866, Pagliano c. Maldini; App. Genova 21 febb. 1870, Casoni c. Torti; App. Grenoble 28 marzo 1859, Proc. Gen. c. B.; App. Parigi 25 marzo 1858, Paumié de la Loude c. Grinouville c. Durieu.

(2) *Supra*, n. 9.

da talune che la cosa è ancor più certa allorquando concorre la detta condizione (1), e da talune altre che questa è condizione necessaria (2).

La compra del tabacco e di altri oggetti di privativa, da parte dei rivenditori autorizzati, non sono atti di commercio, perchè a termini del Regolamento approvato col R. Decreto 14 giugno 1869, n. 2398, in relazione alla Legge 13 luglio 1862 (mantenuti in vigore dall'art. 16 della convenzione 25 luglio 1868, approvata colla Legge 24 agosto successivo, n. 4544 avente per oggetto la costituzione della Regia cointeressata per l'esercizio della privativa dei tabacchi), i banchi di rivendita sono istituiti e soppressi dall'Amministrazione pubblica, la quale determina i siti dove debbono aprirsi, e ne autorizza la traslocazione, e sono conferiti per appalto o per concessione; il prezzo della vendita dall'Amministrazione ai rivenditori e da questi ai consumatori è stabilito per legge; e non possono i rivenditori medesimi aumentarlo senza cadere in contravvenzione: perciò non può dirsi che codesti rivenditori facciano della rivendita una speculazione, e deve ritenersi invece che essi operino per conto della pubblica Amministrazione, mediante un compenso che è rappresentato dallo sconto sul prezzo della merce (3).

Ciò però non toglie che siano atti di commercio le compre per rivendere, che coloro che hanno spacci di privative facciano di altri oggetti, come sarebbero pipe, tabacchiere, oggetti da caccia, e simili; i quali atti di commercio però non valgono a costituirli com-

(1) App. Torino 7 ottobre 1869, Rebaudengo c. Gallo, 5 dicembre 1871 Sciorelli c. Bichi, e 20 aprile 1875, Ronzani c. Risso; App. Genova 21 febb. 1870, Casani c. Torti.

(2) Cassaz. Torino 30 agosto 1877, Odicini; App. Trani 5 febbraio 1878, Torcelli c. Dadosio; App. Venezia 30 aprile 1878, Facchini c. Pisanello.

(3) Cassaz. Torino 23 febbraio 1858 sul ric. B., la qual sentenza giudicò che la vendita del tabacco facendosi per conto dello Stato, i rivenditori autorizzati debbano soggiacere alla pena del furto nel caso che lo viziino; e 19 novembre 1868, Gremo c. Obert. — Contro, App. di Torino 30 giugno 1865 in questa stessa seconda causa, e 10 luglio 1865, Gremo c. Tarditi, nel caso di un locatore dell'accensa di sale e tabacco.

mercianti, se non nel caso in cui la compra e la rivendita prendano uno sviluppo importante e divengano l'oggetto principale della occupazione della persona della quale si tratti (1).

Non sono del pari atti di commercio la compra o l'affitto di mobili ed i lavori di abbellimento fatti eseguire dal proprietario di uno stabile (per es. di un caffè), affine di affittare lo stesso stabile abbellito e fornito di mobili; e ciò perchè gli uni e gli altri sono accessori dello stabile e per conseguenza ritraggono dalla natura civile della locazione dello stabile medesimo, salvo però che per le circostanze particolari del caso la locazione possa considerarsi atto di commercio, nel senso superiormente indicato (2), nel qual caso anche i lavori di abbellimento e l'affitto dei mobili acquisterebbero carattere commerciale, precisamente come accessori dell'atto di commercio che si sarebbe fatto colla locazione.

16. Le compre di derrate e di merci, non che d'istrumenti e di utensili che possono essere compresi sotto quest'ultimo nome, non cessano di essere atti di commercio allorquando esse siano bensì necessarie all'esercizio del commercio o dell'industria, ovvero servano a fabbricare le cose che si vendono, ma non ne formino però l'oggetto diretto, e talune merci anzi vengano trasformate ed anche distrutte nell'atto stesso che servano a codesta fabbricazione, quali sarebbero a cagione di esempio il carbone comperato dal fabbro ferraio, dal distillatore o da altro manifattore per uso della propria fabbrica, i meccanismi necessari ad un'officina, e simili. Come giustamente osserva il MERLIN (3), censurando una contraria sentenza della Corte di Brusselle, non importa che il fabbro ferraio consumi il carbone e non lo venda in natura: mercè la consumazione che egli ne ha fatto, il carbone si deve considerare fuso nei

(1) Sentenza succitata 19 novembre 1868; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 16; DALLOZ, Rép., V. Acte de comm., n. 120 e Commerçants, n. 22. — ORILLARD, De la comp. comm., n. 274; App. Lione 29 agosto 1861 e App. Caen 10 novembre 1862.

(2) Sopra, n. 11.

(3) Quest. de dr., V. Commerce (acte de), § II, n. 1.

suoi lavori, nei quali per conseguenza egli lo trova; il che è così vero che egli non avrebbe potuto fare i suoi lavori medesimi senza adoperarlo. Il PARDESSUS (1) scrive pure giustamente che sarebbe un abuso di parole il dire che non vi sia vera vendita di carbone, perchè senza l'uso di questo non si fabbricherebbero le materie vendute, e che lo spirito della regola deve prevalere al rispetto servile per le parole; e simile teoria professano molti scrittori (2), sebbene taluno sostenga anche l'opinione contraria (3). — La giurisprudenza italiana segue a ragione la prima (4), alla quale non manca tampoco l'appoggio del tenore della legge, poichè il n. 1° dell'art. 3 dichiara reputarsi atti di commercio le compre di derrate e merci per rivenderle anche *dopo di averle lavorate o poste in opera.*

Per motivi analoghi fanno atto di commercio gli albergatori, i quali vendono le derrate che hanno comperato dopo di averle trasformate in modo da renderle atte alla consumazione (5), ed altri consimili esercenti i quali comprano derrate o merci e le trasformano per venderle, come i fornai, i caffettieri, i cappellai, ecc.

Non sono però da considerarsi atti di commercio le compre che gli artigiani facciano, sia degl'istrumenti e degli utensili necessari al loro lavoro, sia anche delle materie che in certa guisa rivendono dopo di averle lavorate, allorquando tali materie siano in limitata quantità e tale da non implicare lo scopo di speculazione, perchè ciò escluso, codeste compre non sono che mezzi di guada-

(1) Cours de dr. comm., n. 17.

(2) NOUGUIER, tom. I, n. 397; ORILLARD, De la comp. comm., n. 255 a 260; BEDARRIDE, De la juridict. comm., n. 222 e seg.; MASSÉ, Le droit comm., ecc., n. 968, il quale modificò la diversa opinione che aveva espressa in altra sua opera (Dictionn. du contentieux comm., V. Acte de comm., n. 18).

(3) LOCRÉ, Espr. du Code de Comm., tom. VIII, pag. 276; CARRÉ, Comp. civ., n. 491.

(4) Cassaz. Firenze 16 dicembre 1862, Pulcinelli c. Ramani; Trib. di III istanza per la Lombardia 19 novembre 1861, L. V. c. Q. C. (Bettini, 1861, 2, 764).

(5) DALLOZ, Rép., V. Acte de comm., n. 86.

gnare di che campar la vita coll'esercizio della propria arte, e non escono dalla sfera degli atti puramente civili (1).

In vece sono da considerarsi atti di commercio le compre e le locazioni che un commerciante faccia pei bisogni del suo commercio, sebbene questi oggetti non siano destinati nè alla vendita, nè alla pubblicazione, perchè sono mezzi con cui si esercita il commercio, e fattori del medesimo. Così fu giudicato a ragione che è atto di commercio la compra fatta da un commerciante dei tubi e degli apparecchi per l'illuminazione a gas di una birraria aperta al pubblico (2), il contratto di abbuonamento al gas per illuminare i locali di una birraria, stipulato dall'esercente con una Società costituita per siffatta illuminazione (3), e quello del commissionario con cui compera un veicolo pel trasporto delle merci di cui è incaricato nella qualità appunto di commissionario (4).

17. La vendita, per costituire atto di commercio, deve essere il compimento della speculazione cominciata colla compra, e non già il compimento di altri intenti; e perciò venne giustamente stabilito nella parte finale dell' art. 5 che non è atto commerciale la vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti dei fondi propri, o da lui coltivati; e lo stesso dovrà dirsi se anche prima di venderli essi li convertano in altra forma, sia col lavoro delle loro mani, sia con quello di operai da essi salariati, perchè in tali casi non si ha la compra precedente.

La stessa soluzione si applica al caso dell'affittuale, nel sistema che nega in ogni caso alla locazione di beni immobili il carattere di atto di commercio (5): sotto la nostra legge in vece non si seguirà codesta soluzione, se non quando non concorrano gli estremi

(1) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 19; Dalloz, Rép. V. Acte de comm., n. 112 e seg.

(2) Cassaz. Roma 14 luglio 1877, Ronzani c. Società Ginevrina del gas.

(3) App. Torino 20 ottobre 1870, Frankl c. Società italiana del gas.

(4) Cass. Franc. 1 dicembre 1881, Audoin c. Trocat.

(5) Merlin, Quest. de dr., V. Commerce (acte de), § 1; Pardessus, n. 11; App. Torino 29 luglio 1865, Anselmi c. Comp. gen. di Assicurazioni di Venezia.

per considerare la locazione quale atto di commercio (1), perchè verificandosi tale caso, si avrebbe nella vendita il compimento precisamente della speculazione commerciale.

Soluzione eguale, e colle distinzioni medesime, deve pur darsi nel caso in cui il proprietario o l'affittuale abbiano stabilito una manifattura per lavorare e trasformare e poscia vendere le materie prime dei fondi proprii o condotti in affitto, purchè ciò si limiti alle materie ricavate dai fondi stessi (2): così venne giudicato nel particolare di una manifattura stabilita per trarre la seta dai bozzoli prodotti dal proprio fondo (3); relativamente al qual caso non sarà inutile notare che nei lavori preparatori del Codice di Commercio Albertino, il Senato di Piemonte aveva proposto di aggiungere al novero degli atti di commercio — ogni impresa relativa alla trattura ed alla filatura della seta, da qualunque persona sia esercita — e ciò per riguardo alla importanza dell'industria della seta in Piemonte, e coll'intendimento di comprendervi anche i proprietari che traessero la seta dai proprii bozzoli; ma la Commissione di legislazione rigettò la proposta (4).

Non mi sembra doversi seguire una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, la quale avrebbe introdotto distinzioni fra trasformazione e trasformazione; e mentre ha riconosciuto non costituire atto di commercio il pigiar l'uva ed il fratturar le ulive per vendere il vino e l'olio, ha poi qualificato tale il contratto con cui il venditore di legname dei proprii fondi si era obbligato a reciderlo e lavorarlo nella speciale maniera richiesta dalla marineria francese, adducendo per motivo che di quest'ultima guisa la materia prodotta non si riduce semplicemente ad oggetto permutabile in generale, ma la trasformazione ad un uso speciale sia propriamente operazione della industria manifattrice, che è branca

(1) Sopra, n. 11.

(2) Nouguier, tom. I, pag. 401 a 408.

(3) App. Torino, Levi e C. c. Barbera.

(4) Risposte della R. Commissione di legislazione alle osservazioni dei Senati, ecc., pag. 449.

propria del commercio (1). E non mi sembra doversi seguire tale sentenza, perchè mancava la compra precedente del legname, e la sua lavorazione non fu che un mezzo per il proprietario di vendere il legname stesso, prodotto dai suoi fondi: oltrecchè quella sentenza non è abbastanza consentanea a sè medesima, dappoichè industria manifattrice sia pur quella del ridurre l'uva in vino e le ulive in olio, e l'uva e le olive siano pure oggetti permutabili.

Però non mancano valenti scrittori che considerano le manifatture destinate a trasformare i prodotti dei fondi proprii od affittati quali atti di commercio.

Coin-Delisle (2) e Carré (3) argomentano in questo senso dai termini generali dell'art. 632 del Codice di Commercio francese, là dove si dichiarano atti di commercio *les entreprises de manufacture*, come fa il n. 8° del nostro art. 3. Orillard osserva che il decidere se la manifattura avente detto scopo costituisca un'impresa commerciale, dipende dalla importanza dello stabilimento (4). Al Dalloz sembra esatta la teoria dell'Orillard (5), e cita come confermativa di essa una sentenza 3 aprile 1841 della Corte d'Appello di Douai. Ed il Massé (6) va anche oltre, e sostiene che l'industria agricola passa tosto nella sfera del commercio, quando vi si aggiungono simili manifatture.

Ma non mi sembra che possano seguirsi i citati scrittori.

Trovo erroneo l'argomento desunto da che la legge reputi le imprese di manifatture quali atti di commercio, perchè l'*impresa* essendo il contratto con cui taluno si obbliga verso altri ad un numero più o meno considerevole di prestazioni, non può esservi impresa quando la manifattura è condotta per proprio conto dall'agricoltore, sia esso il proprietario o l'affittuale dei fondi che coltiva. Trovo che l'Orillard ed il Dalloz si affidano nella loro teoria ad un cri-

(1) Cassaz. Napoli 9 giugno 1868, Sciamacca c. Ferri.
(2) De la compét., n. 80.
(3) Lois de la compét., n. 501.
(4) De la compét. comm., n. 304.
(5) Répertoire, V. Acte de comm., n. 162.
(6) Le dr. comm. dans ses rapp. etc., n. 22.

terio troppo arbitrario e sempre fallace, perchè il più od il meno non può determinarsi che arbitrariamente e perchè esso non può cangiare la natura delle cose. Non veggo che la sentenza citata dal DALLOZ valga a sorreggere la sua tesi, perchè nella specie con essa giudicata fu ritenuto in punto di fatto che la distilleria di cui si trattava non fosse un semplice accessorio della proprietà, e non fosse esercitata in un interesse puramente agricolo. E del resto sembra che il DALLOZ medesimo non sia rimasto fedele alla teoria che io combatto, poichè nell'articolo *Commerçant* della colossale sua opera, che fu stampata un anno appresso l'articolo *Acte de commerce*, dopo di avere rammentata la succitata sentenza, ripete bensì poter accadere che una manifattura addetta ad un'azienda agricola, ed alimentata dai prodotti di questa, sia per ragione della sua importanza un'impresa commerciale, ma poi soggiunge quasi correggendo la proposizione stessa: « mais il faut, pour cela, qu'on ne se borne pas à manufacturer les produits recoltés par le propriétaire, et qu'on en ajoute d'autres que son fond ne produit pas (1) ».

18. Gli appalti del dazio del Governo e dei Comuni devono ritenersi atti di commercio rispetto all'appaltatore: difatti essi consistono in una locazione del relativo diritto per un tempo e per un prezzo determinati, e la locazione è fra gli atti che possono essere reputati di commercio, a termini dell'art. 3, n. 2°: inoltre l'appaltatore dall'un lato si propone un lucro consistente nella sperata eccedenza delle riscossioni per il dazio in confronto della somma che paga all'appaltante, e d'altro lato corre l'alea del lucro medesimo o della perdita; onde mette in essere una vera speculazione.

La giurisprudenza quasi prevalente che in contrario si era stabilita sotto il precedente Codice, e che fu adottata sotto altre legislazioni, non è da seguirsi, perchè se essa poteva già prestarsi alla critica, non può mantenersi sotto l'attuale nuova legge. Difatti allora poteva invocarsi la lettera dell'art. 2 del Codice

(1) Répert., V. Commerçant, n. 43.

del 1865, il quale nello stabilire quali fossero gli atti commerciali, non accennava nè direttamente nè per analogia a tali contratti di appalto, che in sostanza sono contratti di locazione, e poteva aggiungersi che la speculazione non fosse un elemento esclusivo degli atti di commercio (1); ma ora abbiamo l'art. 3, n. 2° che contempla anche le locazioni, e quindi tutto concorre, in senso di quanto si disse superiormente sulla enumerazione dimostrativa degli atti di commercio, sugli oggetti che possono esserne materia e sul criterio per determinare gli atti che, sebbene non compresi letteralmente nell'art. 3 siano commerciali (2), alla soluzione come sovra data alla quistione.

È ben inteso che l'appalto del dazio non può reputarsi atto di commercio rispetto alle pubbliche amministrazioni, le quali compiono un atto di amministrazione ordinaria, provvedendo nella forma dell'appalto alla riscossione del cespite di entrata, che consiste nel dazio.

La distinzione però venne fatta da talun giudicato anche sotto l'anteriore legislazione, essendosi ritenuto anche allora, come tanto più deve ritenersi ora, che se l'appalto del dazio consumo è a riguardarsi, nei rapporti del Governo e del Comune appaltanti, un contratto meramente civile, cessa di esserlo, ed assume la natura di atto commerciale, quando l'appaltatore nel proprio interesse procede a contratti cogli esercenti, e da questi si procura quel guadagno che ebbe in vista nel rendersi deliberatario dell'appalto (3).

19. Le compre e vendite della rendita pubblica e di altri titoli circolanti in commercio nel concetto della nostra legge sono reputati atti di commercio, quando anche le compre non siano state fatte con iscopo di rivendita, e la vendita ne sia stata fatta senza che l'acquisto avesse avuto un tale intento. Ciò in verità non risulterebbe dalla lettera della stessa legge nei numeri 1° e 2° del-

(1) Cassaz. Torino 11 ottobre 1871, Società del dazio consumo di Torino c. Orengo; App. Torino 6 febbraio 1871, Curioni c. Ferraris; Dalloz, Rép., V. Acte de comm., n. 76 e 77, e decisioni delle Corti Francesi ivi citate.

(2) Sopra, n. 1 e 3.

(3) App. Milano 10 maggio 1872, Perotti c. Fumagalli.

l'art. 3, ed anzi ne risulterebbe a prima vista il contrario; ma questo è pur stato l'intendimento del legislatore, come si ricava dai lavori preparatori.

Difatti: in seno alla Commissione del 1869 fu ripetutamente agitata la quistione, se codeste compre e vendite si dovessero reputare senz'altro e sempre atti di commercio, o tali dovessero aversi soltanto allorquando la compra avesse avuto lo scopo della rivendita e la vendita fosse stata preceduta dall'intendimento di effettuarla, ed era stata risoluta in quest'ultimo senso (1); così come era avvenuto nelle Conferenze di Norimberga per la compilazione del Codice di Commercio tedesco, nella cui prima discussione era stato aggiunto all'art. 271 un apposito numero che dichiarava atto di commercio ogni acquisto di carte di credito, ed in appresso invece si trovò di non fare alcuna differenza fra l'acquisto di mercanzie e quello di carte di credito (2); e la detta Commissione del 1869 volle esprimerne il concetto, scrivendo nel Progetto Preliminare la parte finale del n. 2° dell'art. 3 in questi termini: « non è atto di commercio la compra di derrate o di merci o di obbligazioni dello Stato o altri titoli di credito circolanti in commercio per i bisogni della famiglia, nè la rivendita che poscia se ne facesse ».

Sorse però la Camera di Commercio di Roma ad osservare contro tale proposta, che « prescindendo dalla infelice locuzione che accenna all'acquisto di titoli di credito per i bisogni della famiglia, dubitava se non fosse opportuno che tanto la compra quanto la vendita dei titoli di credito e specialmente della rendita pubblica, fosse *sempre* considerata come atto di commercio »; e dopo di avere soggiunto, che non convenisse con troppo sottili distinzioni dare esca alle liti di competenza; che sebbene anche la rendita pubblica e gli altri titoli circolabili potessero comperarsi e vendersi per fini meramente civili, simili contratti però non rappresentassero che

(1) Su questi articoli, I, n. 19.

(2) Venturi, Il Codice di Comm. Austriaco, spiegato coi Processi verbali delle Conferenze di Norimberga, sull'articolo 271, pag. 525.

un'infinitesima parte delle quotidiane operazioni che si fanno; che l'importanza pratica della distinzione fosse tenue, e che nemmeno quanto alle differenze concernenti i mezzi di prova ed il principio della solidarietà non si sapesse vedere il vantaggio della distinzione, conchiuse: « reputare quindi che con sicuro vantaggio per ogni classe di cittadini la compra e la vendita dei titoli di credito debba considerarsi come atto di commercio (1) ».

E la Relazione Ministeriale al Senato nel dar la ragione per la quale della surriferita aggiunta che il Progetto Preliminare faceva al n. 2° dell'art. 3 fu formato l'art. 5, e furono soppresse in questo le parole *obbligazioni dello Stato e titoli di credito*, giustificò l'uno e l'altra, scrivendo che era sembrato ben fondato l'avviso della Camera di Commercio di Roma, che cioè sarebbe dannoso esporre i contratti per la rendita pubblica e per i titoli di credito alle incertezze ed agli indugi delle quistioni di competenza, e ragionevole l'attribuire *per regola costante* qualità commerciale alle contrattazioni di compra e vendita di questa specie di valori (2).

Queste parole sono esplicite, ed esprimono tanto chiaramente il pensiero ultimo del legislatore, da non lasciar dubbio al riguardo; ed in questo senso mi sembra doversi applicare la legge, sebbene convien pur confessare che sarebbe stata più corretta la formola dell'articolo, se la menzione delle compre e delle vendite delle obbligazioni dello Stato e degli altri titoli di credito circolanti in commercio si fosse tolta dai numeri 1° e 2° dell'art. 3, per farne un capoverso a parte senza le qualifiche dalle quali sono ivi accompagnate, come era stato fatto nell'antico Codice di Commercio delle Due Sicilie, il cui art. 3 portava: reputarsi atti di commercio « tutte le compre e vendite delle partite iscritte sul gran Libro del debito pubblico consolidato ».

E mi sembra anche che i motivi addotti dalla Camera di Commercio di Roma siano giusti sì da far accettare volonterosamente

(1) Osservazioni e pareri della Magistratura, ecc., pag. 21.

(2) Su questi articoli, I, n. 7 e 8.

il suo concetto, stato accolto esplicitamente dal Ministro proponente, ed implicitamente dal Parlamento; al che si può aggiungere che una grande alea vi ha pur sempre in simili contratti, e che importa all'interesse del commercio e dello stesso pubblico credito che i contratti medesimi possano essere stabiliti con ogni mezzo di prova, e che le contestazioni che sorgessero al riguardo siano prontamente, e del pari con ogni mezzo di prova risolute; ed il detto concetto che ebbe prevalenza, sembra condurre a modificare la giurisprudenza finora invalsa nel senso che le dette compre e vendite costituissero atti di commercio soltanto quando fossero fatte per iscopo di lucro (1).

20. Il contratto di riporto sopra obbligazioni dello Stato od altri titoli di credito circolanti in commercio, e che è costituito, giusta l'art. 73 di questo Codice, da una compra a pronto pagamento e dalla contemporanea rivendita a termine, per un prezzo determinato ed alla stessa persona, di titoli della stessa specie, è stato annoverato fra gli atti di commercio specialmente per essere la espressione di un nuovo fatto economico che ha acquistato grande importanza ed estensione; e se ne è formato oggetto di un apposito capoverso per eliminare il dubbio, che nella primitiva formola dell'art. 3 poteva sorgere, intorno al costituire quel contratto atto di commercio anche per il riportatore, cioè per colui che dà i titoli (2).

Dalla menzione espressa che si è fatta dello stesso contratto di riporto, costituito dalla combinazione della compra a contanti e della rivendita a termine, non potrebbe desumersi che non siano atti di commercio le compre e vendite delle obbligazioni dello Stato e di altri titoli di credito circolanti in commercio, in applicazione della regola *inclusio unius, exclusio alterius,* e contro

(1) Cassazione ed App. Napoli 18 febbraio 1868 e 26 marzo 1867, Dalli Franci c. Nozzolillo; App. Torino 13 gennaio 1871, Avenati c. Zanoletti; App. Genova 8 maggio 1876, Parodi, Rocca e Bignami, e 10 dicembre 1878, Gobbi c. Piatti.

(2) Su questi articoli, I, n. 22.

ciò che ho scritto nel numero precedente; e non fu sentito il bisogno della dichiarazione espressa di commercialità, come per i contratti a termine avevano chiesto le Camere di Commercio di Brescia e di Lecco (1), appunto perchè venne adottata la massima di considerare sempre come atti di commercio le compre e le vendite di simili titoli (2), e l'aver voluto comprendere espressamente nel numero degli atti di commercio il contratto che è la manifestazione di un nuovo fatto economico, non potrebbe in nessun modo equivalere alla esclusione di altri.

21. Le compre e le vendite di quote o azioni di Società commerciali vennero comprese fra gli atti di commercio perchè consistendo l'azione in una parte di una Società commerciale, la loro compra e vendita si riferisce a contratto commerciale, e perchè, come si è ritenuto nei lavori legislativi preparatori, fa atto di commercio tanto chi vendendo scioglie i rapporti che lo legano alla Società commerciale, quanto chi comperando contrae i rapporti medesimi (3).

Onde è appena opportuno di notare che presso di noi simili contratti sono sempre reputati atti di commercio, senza andar cercando se siano stati fatti a scopo di speculazione, ovvero no, come si insegna e venne giudicato sotto altre legislazioni.

Devono pure reputarsi atti commerciali le sottoscrizioni di azioni, perchè le suaccennate ragioni della commercialità della compravendita si applicano anche alle sottoscrizioni medesime delle azioni, con cui si dà vita alla Società.

È ben inteso, e quasi non si comprende come abbia potuto revocarsi in dubbio, che per la natura commerciale della compravendita delle azioni non accade di dover distinguere fra le azioni ordinarie delle Società commerciali e che si possono denominare *contribuenti*, e quelle che in alcune Società si creano soltanto per godere una quota parte degli utili, senza contribuire alla forma-

(1) Osservazioni e pareri della Magistratura, ecc., pag. 19.

(2) V. numero precedente.

(3) Su questi articoli, I, n. 15 e 23.

zione del capitale e che si chiamano *di godimento*. La diversità esercita influenza soltanto nei rapporti tra il possessore delle azioni e la Società, ma non modifica la natura intrinseca dell'azione (1).

Per ragion di analogia, e sebbene la legge non contempli qui che le quote ed azioni di Società commerciali propriamente dette, devono reputarsi atti di commercio anche le compre-vendite delle quote e delle partecipazioni nelle associazioni commerciali, perchè la ragione della legge è la medesima. A suo luogo si dirà se e come per le vendite di codeste quote e partecipazioni sia necessario il consenso dei soci o partecipanti.

È del pari da considerarsi atto di commercio il contratto che fa l'accomandante divenendo tale, perchè questi col suo capitale va a partecipare a tutte le operazioni *commerciali* della Società, che il socio responsabile fa anche per suo conto, sebbene con effetti per lui limitati al rischio del capitale dato in accomandita; perchè avventurando alle vicende del commercio il suo capitale medesimo, si propone certamente scopo di lucro, e perchè è manifesta l'analogia di questo contratto con quello della compra di quote ed azioni in Società commerciale, avventurandosi nell'uno e nell'altro un capitale alle eventualità del commercio (2).

I motivi che si adducono in contrario non possono ammettersi, sia che si ricorra, come si fa da taluno, alla teorica dell'essere la enumerazione degli atti di commercio tassativa e non semplicemente dimostrativa, la quale si è già combattuta (n. 1); sia che si voglia equiparare, come si fa da altri, il versamento di danaro

(1) Cassaz. Torino 10 agosto 1867, Sanna c. Ravasco.

(2) BEDARRIDE, De la juridict. comm., n. 15 e, Des Sociétés, n. 241; DEMANGEAT sur BRAVARD, tom. I, pag. 246, nota 1; MALEPEYRE e JOURDAN, pag. 138; Cassazione francese 28 febbraio 1844, Mouret, 13 agosto 1856, Cremieux c. Joban. e 5 luglio 1863, De Montacquart c. Liquid. de la Soc. le Chepsel; App. Casale 7 gennaio 1860 (Bettini 1860, 2, 40) — *Contra* NOUGUIER, Des Trib. de Comm. etc., tom. I, pag. 374 e seg.; DELANGLE, Des Soc. comm., n. 315; DALLOZ, Rép., V. Acte de comm., n. 84, Compét. commerciale, n. 53 e Société, n. 1347; PARDESSUS, n. 1507; ALAUZET, tom. II, n. 538; MASSÉ, n. 1390; VIDARI, Corso di dir. comm., n. 714.

dell' accomandante ad un mutuo, colla differenza che se il danaro si perde non verrà più restituito, e se gli affari prosperano verrà restituito con interessi ed utili, quasi che questa differenza non sia precisamente quella che imprime il carattere di commercialità all'atto; sia che si dica che l' accomandante procuri bensì fondi per fare il commercio, ma rimanga però estraneo alle relative operazioni, perchè ciò non è esatto ed in vece è vero che l'accomandante, sebbene non vi prenda parte personale, partecipa alle operazioni commerciali che gli apportano guadagno se fortunate, e perdita se sfortunate; sia che si argomenti dalla possibilità che la qualità di accomandante possa durare lungo tempo, perchè questa circostanza sarebbe indifferente, non essendo la durata maggiore o minore quella che possa attribuire all'atto la qualità di commerciale od escluderla,poichè l'atto isolato del conferire capitali, come accomandante, è cosa ben diversa dall'esercizio del commercio per professione abituale; sia ancora che si rammenti l'origine storica dell'accomandita, che, secondo l'opinione di molti, avrebbe ottenuto nei secoli scorsi maggior sviluppo per il vantaggio di offrir modo alla nobiltà ed ai personaggi più cospicui di associarsi alle fortune del commercio senza derogare, dappoichè non occorre dire che oggimai siffatti pregiudizi sono morti, o vivono in una minoranza insignificante.

Del resto l'accennata opinione non può anche storicamente accettarsi senza opportune distinzioni: difatti se lo Stracca citando ed approvando il Baldo scrisse che « in iure nostro verum esse nobiles mercaturam exercere prohibentur, et si exercerent, inter nobiles censeri atque enumerari non posse (1) »; e se il Deluca scrisse pure: « Consuetudo est nobilium et qualificatorum virorum, qui pecunia effluentes, ita sub negotiationibus quae ab aliis exercentur, ad aliquod lucrum eos tenere curant, absque eo quod formalem societatem contrahant (2) », lo Scaccia però, dopo di aver rammentata la proi-

(1) De mercatura, pars II, n. 17 in fine.
(2) De credito, Disc. 89, n. 7.

bizione di commerciare che una Costituzione degli imperatori Onorio e Teodosio faceva ai nobili ed ai più insigni personaggi (1), e dopo di aver citato il sullodato giureconsulto anconitano, avvertì: « Tempera istam extensionem ut non sit vera in civitate Genuae, Venetiarum, Lucae, Anconae et Florentiae, quia in istis etiam nobiles possunt exercere et exercent mercaturam et negotiationem cambiendi, sine ullo detrimento nobilitatis (2) »: il che dimostra che nell'intervallo di tempo fra lo Stracca e lo Scaccia anche nella patria del giureconsulto anconitano, come nelle altre principali città commerciali d'Italia, si erano già ripudiati i suindicati pregiudizi, che possono soltanto aver concorso a dare magggiore sviluppo all'accomandita; onde tanto meno può darsi ora importanza agli anzidetti ricordi storici.

È poi appena opportuno di avvertire che altro è fare atto di commercio, altro è esser commerciante; ond'è che se l'accomandante fa atto di commercio col rendersi tale, non diviene però, per ciò solo, commerciante.

22. La qualificazione d'*impresa* s'incontra soventi nella enumerazione degli atti di commercio dell'art. 3; ed è quindi opportuno avvertire, che per *imprese*, in generale, s'intendono quei contratti coi quali taluno si obbliga verso altri ad un numero più o meno considerevole di prestazioni, aiutandosi del concorso di un maggiore o minor numero di altre persone, e radunando i mezzi all'uopo opportuni, e che sono imprese commerciali quelle che hanno scopo di lucro.

Si è fatta quistione se possano costituire atti di commercio le prestazioni isolate, del genere di quelle che la legge annovera fra gli atti di commercio, colla qualifica d'imprese, come sarebbero un solo fatto di fabbricazione, un solo atto di commissione; e fra la risoluzione negativa che da taluno vi si dà (3), e l'insegnamento di altri in senso

(1) L. 3 Cod. De comm. et mercatoribus.

(2) De commerciis et cambiis, § 1, quaest. 7, pars 3, limit. 17, n. 22.

(3) Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 2973.

dell'affermativa (1), mi sembra che convien rimettersene alla decisione dei Tribunali nei singoli casi, e considerarli atti di commercio, ovvero no, secondo che in ciascun atto concorra, oppur no, lo scopo della speculazione.

I contratti che intervengono fra gl'imprenditori e i sottoimprenditori hanno la stessa natura giuridica delle *imprese*, sebbene il più sovente l'oggetto ne sia più limitato.

Nei rapporti fra gl' imprenditori o sottoimprenditori e gli operai, si ha atto di commercio per i primi, perchè essi speculano sul lavoro degli operai: non per questi ultimi, perchè il loro lavoro ha lo scopo soltanto di attingervi i mezzi di campar la vita, e non quello di speculare; e nei rapporti poi fra gli imprenditori ed i sottoimprenditori e le altre parti contraenti, queste ultime non fanno atto di commercio se non allorquando le imprese da essi accordate servono ad intenti di speculazione, e non quando servono soltanto allo appagamento dei loro bisogni.

Nelle imprese accade soventi che lo Stato, le Provincie ed i Comuni siano parti contraenti: l'art. 6 dichiara che se essi non possono acquistare la qualità di commercianti, possono però fare atti di commercio, i quali rimangono soggetti alle leggi ed agli usi commerciali; e su queste disposizioni ritornerò più avanti (n. 49).

23. Le *imprese di somministrazioni*, che nell'uso sono dette più frequentemente imprese di *forniture*, consistono nell'obbligo contratto verso altri di somministrare una certa quantità di derrate o merci, o di eseguire o far eseguire lavori in epoche e per prezzi determinati. Simili somministrazioni possono essere convenute tanto a titolo di vendita, che a titolo di locazione, tanto contro un corrispettivo complessivo, o prezzo fatto (*à forfait*), quanto contro un corrispettivo determinato secondo la quantità delle derrate o delle merci da fornirsi, o dei lavori da farsi; tanto contrattando con privati, quanto contrattando con pubbliche amministrazioni, delle quali nella vigente legislazione più non può dirsi che non possano

(1) Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., t. II, n. 29.

obbligarsi commercialmente, in presenza dell'or rammentata disposizione dell'art. 6.

Lo scopo di speculazione, che suppone un acquisto od una locazione a titolo oneroso, con intento di vendere o sublocare con guadagno, deve verificarsi anche in quest'atto di commercio; e perciò non sarebbe impresa di somministrazioni nel senso della disposizione di legge di cui ora si tratta, cioè atto di commercio, il contratto del proprietario o dell'affittavolo, che affin di esitare i raccolti del fondo da lui coltivato, si obbligasse di consegnare una certa quantità dei raccolti medesimi in epoche diverse e per prezzi determinati: questo sarebbe non un atto di commercio o di speculazione, ma semplicemente il complemento della coltivazione del fondo proprio od altrui, quale è la vendita dei prodotti ottenuti, e sarebbe precisamente la vendita contemplata nell'ultima parte dell'art. 5: salvo però il caso in cui la locazione potesse essere considerata atto di commercio (1).

Venne collocata in questa categoria d'imprese, e considerata quindi, ed a ragione, atto di commercio, quella dei convogli e delle pompe funebri (2).

24. *Le imprese di fabbriche e di costruzioni* sono quelle nelle quali taluno assume di eseguire fabbriche o costruzioni di qualche importanza, e per la cui esecuzione si deve impiegare l'opera di un certo numero di lavoratori.

Siffatte imprese prendono usualmente il nome di *appalti* o *cottimi* (art. 1627, n. 3 Codice civile), che nel moderno linguaggio equivale alla *redemptio operis* dei Romani, e le imprese stesse vengono poste in essere quando il padrone, per liberarsi dalle cure e dai pericoli della costruzione di una fabbrica e della formazione in generale di una lavorazione, li pone a carico di altri, coll'obbligo di provvedere tutto il necessario e contro un prezzo pattuito. Queste imprese possono darsi verso il corrispettivo di una somma per tutto il lavoro, e così a prezzo fatto, a rischio e vantaggio dell'impren-

(1) *Supra*, n. 11.

(2) BEDARRIDE, De la juridict. comm., n. 260; Cassaz. francese, 9 genn. 1860.

ditore, od *à forfait*, giusta la sovra rammentata frase francese consacrata dall'uso, checor risponde all'*adversione locatum* dei Romani; e possono pur darsi ad un prezzo stabilito per misura, per giorno di lavoro o simili, e che corrisponde a ciò che i Romani stessi dicevano: « ita conductum, ut in pedes mensurasve praestetur (1) ».

Nella corrispondente disposizione del n. 8° dell'art. 2 del Codice del 1865 erano diehiarati atti di commercio le imprese di fabbriche e costruzioni, *se l'imprenditore provvedeva i materiali*, e ciò erasi stabilito « sembrando utile di dichiarare legislativamente ciò che omai ammette in modo pacifico la giurisprudenza » (2); ma ben a ragione si trovò che questa disposizione andava corretta nel senso di doversi in vece considerare atti di commercio le imprese di fabbriche e costruzioni, anche indipendentemente dalla somministrazione di materiali da parte dell'imprenditore, pei motivi che si leggono nella Relazione Ministeriale (3); e perchè, come giustamente osservò la Camera di Commercio di Parma, in siffatte imprese talvolta non concorre l'elemento della provvista dei materiali, allorchè per esempio, si tratti di costruzioni di argini e di strade, di movimenti di terra, di scavi di canali e simili, nè perciò è certamente meno commerciale l'indole dell'impresa, la quale si effettua coll'esporre capitali, coll'assumere in proporzioni più o meno estese l'opera di lavoranti, affine di guadagnare sulle differenze dei prezzi, e coll'impiego delle proprie cognizioni e dell'attività propria ed altrui (4).

Ed anche la locazione dell'opera di altri e la sublocazione che per intento di lucro ne fa l'imprenditore è atto di commercio; nè potrebbe obbiettarsi, come scrive il MERLIN, che il lavoro dell'operaio non possa assimilarsi ad una cosa mobile, che quello

(1) L. 36 Dig., Locati conducti.

(2) Verbale n. 10 della Commissione legislativa che preparò il Progetto del Codice del 1865; App. Torino 14 dicembre 1863 e Cassaz. Subalp. 4 giugno 1864, Fasoletti c. Ricca.

(3) Su questi articoli, I, n. 8.

(4) Osservazioni e pareri della Magistratura, delle Camere di Commercio, ecc., pag. 20.

non possa come questa considerarsi venduto solo perchè fu locato, e che per conseguenza la sublocazione del lavoro non possa essere assimilata alla locazione di cosa comprata per essere locata: certamente il lavoro dell'uomo non può essere venduto per sempre, ma può essere locato a tempo; e poichè la locazione può risolversi, giusta quello che scrive Pothier, in una specie di vendita (1), è chiaro che locare a tempo il lavoro di un operaio equivale a comperarlo per codesto tempo, è chiaro che sublocarlo è locare cosa di cui si è acquistato il godimento temporaneo, è chiaro in una parola che si fa un atto di commercio per ciò soltanto che lo si loca per sublocarlo: onde (conchiude il Merlin) è impossibile non considerare come atto di commercio anche l'impresa di costruzione in cui l'imprenditore venda soltanto il lavoro degli operai che egli vi impiega (2).

Il Dalloz, che in una parte della sua opera aveva dichiarato di inclinare a questa opinione, in altra parte di essa l'adottò poi definitivamente; e combattendo altri scrittori che la pensano diversamente, richiamò la teorica che considera l'enumerazione degli atti di commercio come puramente dimostrativa, e poi domandò: perchè attenersi strettamente al significato usuale della parola *merci*? Perchè non comprendere in questa espressione, quando d'altronde lo spirito della legge lo permette, tutto ciò che trovasi in commercio, tutto ciò che si compra o si loca, e conseguentemente anche l'industria degli operai? Perchè rifiutare di dichiarar commerciale un'impresa, alla quale presiede essenzialmente lo spirito della speculazione? (3).

E può aggiungersi che gli art. 1627 e 1628 del Codice Civile dichiarano lecita la locazione dell'opera altrui, purchè sia fatta a tempo o per una determinata impresa, e che il lavoro è bensì il prodotto dell'attività umana, ma non appartiene propriamente alla sua personalità, ond'è che se non è lecito di trafficare sulla per-

(1) Traité du louage, n. 4.

(2) Quest. de dr., V. Commerce (Acte de), § VI, n. III in fine.

(3) Rép. V. Acte de comm., n. 204 in fine, e V. Commerçant, n. 55.

sona, si può però trafficare sui prodotti del lavoro e dell'industria dell'uomo.

Le imprese di costruzioni a prezzo fatto, specialmente in materia di ferrovie, hanno dato luogo a molte contestazioni, ed hanno dato occasione alla giurisprudenza di precisarne i caratteri e di determinarne gli effetti. I magistrati si trovarono assai soventi a fronte di pretensioni eccessive da parte dei committenti, i quali avrebbero voluto che l'assuntore o cottimista a prezzo fatto fosse obbligato a fare tutto ciò che gli venisse ordinato per la esecuzione completa dell'opera appaltata, comunque uscisse dalla cerchia dei lavori stati preveduti; ma hanno respinto le pretensioni medesime quasi costantemente.

Non è qui il luogo di trattare l'ampia ed importante materia; ma non mi sembra inopportuno di riferire i principii consacrati dalla giurisprudenza, riassunti in due magistrali sentenze della Corte di Cassazione di Torino e della Corte d'Appello di Genova.

È proprio ed essenziale dei contratti di impresa per costruzione a prezzo fatto, fisso ed invariabile, che vi corrisponda la determinazione, del pari sostanzialmente invariabile, delle opere per cui l'impresa si assume: codesti contratti, onde condurre a tutte le conseguenze che ne discendono, devono riposare sovra basi ben precise, dichiarate e certe, e tali da permettere al costruttore di conoscere perfettamente e misurare la portata ed i confini dell' obbligo a cui egli s' impegna: l' alea naturalmente insita in simili convenzioni, ha per suo oggetto essenziale il minore o maggiore costo, non il numero e la estensione delle opere, posciacchè, ove queste dopo il contratto fossero sensibilmente accresciute, verrebbesi ad alterare le basi della contrattazione, del calcolo, del corrispettivo, del consenso riunito di entrambi i contraenti nell'esecuzione e per il compimento di una particolare costruzione preveduta e determinata nel contratto: sarà possibile che si debba eseguire un qualche maggior lavoro per avvenuti contingenti, non prima ben calcolabili, senza che perciò sia luogo ad aumento del prezzo, ma ciò propriamente rientra sempre nell'alea del costo maggiore o minore, necessario per mettere in essere la peculiare

costruzione od opera di cui si tratti: così del pari per patto specialissimo aggiunto al contratto, si potrà lasciare facoltà all'appaltante di fare alcune aggiunte accessorie di poco momento, attinenti più all'esecuzione dei lavori contemplati nell'appalto che ad opere propriamente nuove; ma resta sempre escluso il potere di modificare il piano: la natura, il numero, le dimensioni delle opere devono restare invariabilmente fisse e nei termini del contratto, perchè anche a questa classe di convenzioni trovano applicazione le regole, che la cosa la quale ne forma l'oggetto deve essere determinata, che nella cosa nuova non preveduta manca il compenso ed il corrispettivo pattuito, e che uno dei contraenti non deve essere posto in condizione che l'altro possa rendere deteriore la posizione sua ed arricchirsi a suo danno.

E poscia la predetta Corte suprema rammentò le massime di diritto in tema di contratti *à forfait*, da essa ripetutamente ritenute e dichiarate, nei seguenti termini. Che stando ai principii regolatori delle convenzioni, non è possibile lo ammettere che un appaltatore delle opere di costruzione di un tronco di ferrovia per contratto a prezzo fisso e determinato, abbia voluto assumere obblighi indefiniti, sottoporsi indeterminatamente ai voleri anche arbitrari dell'appaltante, al punto non solo di perdere il lucro che si proponeva di trarre dall'appalto, ma di subire forse anche perdite enormi; che giusta la giurisprudenza e francese e patria non può esistere in materia di lavori e costruzioni, e specialmente di costruzioni di strade ferrate, un vero e proprio *forfait*, se non quando le opere appaltate sono esattamente determinate coi piani, profili e tracciamenti dell'opera; che perciò se mancano questi elementi il corrispettivo è dovuto all'appaltatore, non più in ragione del prezzo convenuto in contratto, ma in ragione della quantità dei lavori realmente eseguiti, non essendo conforme a giustizia che le sue obbligazioni possano estendersi indefinitamente rimpetto ad un prezzo definito ed invariabile; che tuttavolta in un appalto *à forfait* introducansi modificazioni importanti, queste danno luogo ad aumento di prezzo, malgrado qualunqne clausola, perchè l'equità non comporta che una delle parti abbia ad arric-

chirsi a danno dell'altra, e perchè l'alea del contratto è limitata al costo maggiore o minore delle costruzioni; ed appunto perchè l'appaltatore corre quest'alea, è di tutto rigore la regola che l'opera appaltata non abbia a subire variazioni od aggiunte a suo danno (1).

E con minori parole, ma con efficacia non minore, riferma gli stessi principii la Corte d'Appello di Genova giudicando nella stessa causa, stata ad essa rinviata per novello giudizio, in cui era intervenuta la succitata sentenza della Corte di Cassazione di Torino 23 marzo 1878, scrivendo: Se in ogni contratto il consenso dei contraenti deve cadere su una cosa certa che ne sia l'oggetto, tanto più deve essere certa e determinata quella cosa che l'appaltatore si obbliga di fare per un prezzo fisso ed invariabile. La differenza, spesso inevitabile fra i calcoli e la esecuzione, può far sì che una data opera venga definitivamente a costare più o meno del prezzo pattuito, ma quest'alea che si prevede è pesata da entrambe le parti nel convenire sul prezzo. Ognun sente che così stabilita l'alea che corrono le parti, l'appaltante di pagare l'opera oltre il reale suo costo, l'appaltatore, di riceverne inadeguato compenso, è necessario che la cosa a farsi, cioè l'opera sia stata immutabilmente tra le parti determinata in ogni suo aspetto influente sul costo, cioè in quantità e qualità. All'appaltatore specialmente interessa la determinazione dell'opera: egli non può oltre quella considerarsi obbligato. Tutta quell'opera che fu stabilita nel contratto, e non più di quella, è il corrispettivo che egli deve dare di quel prezzo che fu pattuito. I principii di equità naturale, la buona fede che re-

(1) Cassaz. Torino 23 marzo 1878, Impresa Guastalla c. Ministeri delle Finanze e dei Lavori Pubblici. — V. anche stessa Corte 11 aprile 1872, Trueman e Camerata c. Vitali, Picard Charles e C.; 1° marzo 1873, Frascara c. Carabelli e Dini, e 6 maggio 1875, Gianoli c. Incisa e Geisser; Camera dei Conti di Torino 7 luglio 1855 e Consiglio di Stato di Torino 17 luglio 1863, Costa c. Amm. dei Lavori Pubblici; App. Torino 7 dicembre 1875, Genazzini c. Società Ferrovie Meridionali; App. Roma 14 giugno 1871, Negri c. Società Acqua Marcia, e 15 aprile 1876, Vitali, Charles, Picard e C. c. Ministero dei Lavori Pubblici e delle Finanze.

gola i contratti, sarebbero apertamente violati, se l'appaltatore per un invariabile e fisso compenso, dovesse eseguire tutta quell'opera che all'appaltante piacesse imporgli (1).

La giurisprudenza ha pure giustamente temperato nella sua applicazione la disposizione dell'art. 1640 del Codice Civile, portante che l'imprenditore, il quale siasi incaricato per appalto di costruire un edifizio in conformità di un disegno stabilito e concordato col committente, non possa domandare aumento del prezzo, nemmeno per le variazioni o le aggiunte che siansi fatte al disegno, se queste non siano state approvate in iscritto e non se ne sia convenuto il prezzo col committente: è noto come il corrispondente art. 1793 del Codice Francese abbia avuto lo scopo di impedire le frodi e le sorprese degl'imprenditori a danno dei committenti, e la ragione stessa della disposizione ed il principio di ragione naturale che « nemo lompletior fieri debet cum alterius jactura », dovevano e devono consigliare a non applicarla ognora che si tratti di opere ordinate dall'appaltante ad un appaltatore che abbia obbligo di uniformarsi e che siasi uniformato agli ordini dell'appaltante medesimo (2).

25. Le *imprese di manifatture* sono quelle nelle quali taluno col lavoro delle altrui mani, ed anche delle macchine, il cui lavoro viene sostituito a quello delle persone con tanto profitto dell'industria e del commercio, fa mettere in opera materie prime che gli vengano affidate per formarne merci, o merci che gli vengano parimenti affidate per trasformarle; e si dice materie prime o merci *che vengono affidate*, perchè in caso diverso mancherebbe il concetto dell'*impresa*. Si avrebbe la semplice manifattura o trasformazione delle cose comprate per rivendere, di cui nei n. 1° e 2° dell'art. 3.

Queste imprese hanno per base la locazione dell'opera altrui,

(1) App. Genova 26 luglio 1878, detta causa dell'Impresa Guastalla.

(2) Succitate sentenze App. Roma 14 giugno 1871 e 15 aprile 1876; Cassaz. Franc. 28 gennaio 1846, Urbain c. Comp. du Canal de la Sambre à l'Oise.

e speculano sul beneficio che sperano di ritrarre dalla locazione che appunto fanno dell'altrui lavoro: questo concetto serve a distinguere l'*imprenditore di manifatture* dall'*artigiano*, e l'atto di commercio del primo dall'atto civile del secondo: quest'ultimo loca giornalmente o mensilmente il proprio lavoro, e tutt'al più ricorre all'aiuto di qualche altro artigiano, ed è un operaio che lavora per vivere: il primo invece organizza la manifattura su scala più o meno vasta, loca il lavoro di un maggiore o minor numero di operai, fa lavorare una quantità più o meno considerevole di materie prime o di merci che gli vengono a quest'uopo affidate, ed è uno speculatore che fa lavorare per trar guadagno dal lavoro altrui: onde i caratteri ai quali si riconosce l'*impresa di manifattura*, che costituisce atto di commercio, e la si distingue dalla *locazione d'opera*, che costituisce atto civile, sono specialmente l'impiego di un certo numero di operai o di macchine, ed un numero almeno un po' considerevole di affari (1). Non mi sembra perciò da seguire il Bedarride là dove scrive che allorquando l'artigiano non si limiti a farsi aiutare da un lavorante o da un apprendizzo, ma impieghi un altro artigiano, si abbia già l'impresa di manifattura nel senso della legge (2); e del resto la sentenza della Corte di Cassazione francese che egli cita, e che è del 12 dicembre 1836, nulla dice che possa venire in conferma della sua opinione.

È poi ben inteso che acciò vi abbia impresa di manifatture non è necessario che l'imprenditore riunisca gli operai in uno stabilimento, e che essa si verifica anche li faccia lavorare al loro domicilio, poichè il luogo in cui costoro lavorino è cosa accidentale, che non cangia la sostanza dell'atto.

Però non mette in essere quest'atto di commercio, che si appella impresa di manifatture, il proprietario di un fondo che vi eserciti un'industria, come fosse una distilleria od una filanda, in senso di ciò che ho detto al n. 17; salvo a vedere se per avventura fac-

(1) Orillard, De la comp. des Trib. de Comm., n. 149.
(2) De la jurid. comm., n. 248.

cia altri atti di commercio, come se rilasciasse cambiali per procurarsi il danaro necessario, se comperasse altre materie prime e simili, e ciò tanto più poi quando pei bisogni dell'industria si procurasse altrimenti capitali o facesse altre operazioni commerciali.

26. Le *imprese di spettacoli pubblici* consistono nel preordinare pubblici spettacoli appunto, o divertimenti, mediante locazione dell'opera di artisti teatrali, e mediante tutti gli altri mezzi necessari, e nell'offrirli al pubblico contro retribuzione: la ragione della commercialità dell'atto consiste in questo, che l'impresario di pubblici spettacoli specula sul lavoro altrui, sul lavoro cioè degli attori, dei cantanti, dei ballerini, dei mimi, ecc., che riunisce sul palco scenico, dei suonatori che chiama all'orchestra, degli autori che invita a scrivere produzioni drammatiche e spartiti, dei decoratori, dei macchinisti, ecc., dei quali tutti loca l'opera per sublocarla poi al pubblico a fine di lucro; ma per ciò appunto non sarebbero da riguardarsi siccome atti di commercio simili imprese che si assumessero da una amministrazione pubblica, o da società costituite per provvedere al decoro di una città, all' interesse dell' arte e ad altri simili scopi, escluso quello del lucro.

Sotto il nome di imprese di spettacoli pubblici vanno pure compresi gli stabilimenti di danze, di concerti, di gabinetti ottici, di esposizioni di rarità o di animali, e di simili divertimenti offerti al pubblico: il significato largo e comprensivo della parola *spettacolo* lo indica (1).

È stato da una Corte d'Appello giudicato che le operazioni di una società anonima che aveva per iscopo di promuovere il miglioramento della razza cavallina e di dare pubbliche corse ed esercizi equestri, senza scopo di lucro a favore dei soci, dovessero considerarsi d' indole commerciale e rientrassero nella categoria delle imprese di pubblici spettacoli; ma sembra che più giustamente avesse giudicato il Tribunale di Commercio, il quale aveva ritenuto il con-

(1) Orillard, De la compét. comm., n. 347; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 45; Bedarride, De la jurid. comm., n. 281; Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 2984.

trario, per la considerazione specialmente che la legge qualificando atti di commercio le *imprese di spettacoli pubblici* abbia voluto accennare agli spettacoli dati per iscopo di lucro, e che tale scopo di lucro non si verificasse in simile società (1).

La quistione che si è agitata, se costituisca atto di commercio lo spettacolo dell'ascensione in pallone aereostatico offerto al pubblico contro pagamento, mi sembra che vada risoluta nel senso che non lo sia, quando l'aereonauta dà egli stesso lo spettacolo, perchè in tal caso non vi ha impresa di spettacolo pubblico, ma semplice esercizio della di lui industria, e che invece lo sia quando lo spettacolo venga offerto al pubblico da altri, che stipendii uno o più aereonauti (2).

E poichè lo scopo dei pubblici spettacoli è quello di offrire rappresentazioni, così sono da parte dell'impresario atti commerciali tutte le convenzioni e tutti gli obblighi contratti in relazione ad esse, come locazione di palchi, abbonamenti, e compre di produzioni e di spartiti.

Fu pur dichiarata commerciale l'obbligazione contratta da un impresario di spettacoli verso un architetto per la costruzione di un teatro, come si è già rammentato (3).

Si è dubitato se l'artista teatrale faccia atto di commercio nello addivenire ai contratti relativi ai pubblici spettacoli pei quali presta la sua opera; ma in verità non sembra possibile sostenere l'affermativa, essendo manifesto che l'artista teatrale non fa che locare la sua opera per provvedere alla sua sussistenza, più o meno largamente secondo la sua posizione ed il suo rango, e non per ragione di lucro nel senso commerciale, cioè correndo l'alea del guadagno e della perdita. Il TROPLONG ha scritto spiritosamente (4): « Reputer acte de commerce les roulades d'une chan-

(1) Appello Torino 21 giugno 1867, e Trib. di comm. stessa città 17 aprile 1865, Piano c. Soc. nazionale delle corse.

(2) BEDARRIDE, De la jurid. comm., n. 282 e 283; NOUGUIER, Des Trib. de Comm., tom. I, pag. 442.

(3) *Supra*, n. 12.

(4) Des sociétés, n. 342.

teuse ou les pirouettes d'une danseuse, n'est-ce-pas pousser un peu loin l'usage des tropes judiciaires? ». E concordano la maggior parte degli scrittori e la più autorevole giurisprudenza (1).

Ben è vero che l'art. 869, n. 5° del Codice dichiara che appartiene alla giurisdizione commerciale la cognizione delle azioni dell'impresario di spettacoli pubblici contro gli artisti teatrali e delle azioni di questi contro l'impresario, ed argomentando da tale disposizione, potrebbe forse credersi che il legislatore abbia considerato commerciale in sè stesso l'atto dell'artista teatrale che loca la sua opera; ma ciò non può essere, perchè, come già si è detto, questi non fa che trar partito dai proprii mezzi per provvedere ai bisogni della vita, e la disposizione legislativa succitata s'ispira al concetto che per l'utilità del Commercio debba la giurisdizione commerciale attrarre a sè anche ciò che serve al commercio medesimo. Difatti innanzi che il Codice di commercio del 1865 introducesse pel primo la detta disposizione, nelle antiche provincie del Regno gli artisti teatrali si assoggettavano alla giurisdizione consolare con una larga interpretazione dell'art. 675 del Codice di Commercio Albertino corrispondente all'art. 634 del Codice Francese, secondo cui i Tribunali di Commercio erano chiamati a giudicare anche delle azioni contro i fattori, commessi e subalterni dei commercianti pei fatti del traffico del commerciante al quale erano addetti (2); e nel Codice anzidetto del 1865 la disposizione venne introdotta sulla « proposta di un Commissario che sian dichiarati sottoposti alla giurisdizione commerciale gli artisti da teatro, quando per l'esecuzione dei loro contratti agisce contro di essi l'impresario, ciò sembrando consentaneo al principio che ogni impresa di spet-

(1) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 45 e n. 517; Vincens, Lég. comm., tom. i, pag. 135; Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 2984; Dalloz, Rép., Acte de comm., n. 242, Comp. comm., n. 87, e Théâtre, n. 325. Cassaz. franc., 8 dicembre 1875, Marié c. Cautin. — Contro, Molinier, Dr. comm., n. 49, e sentenze diverse indicate dal Dalloz, luoghi citati.

(2) Dalloz, Rép., V. Acte de comm., n. 242.

tacoli pubblici sia atto di commercio (1) ». E se una Corte d'Appello, a torto riparando una sentenza di Tribunale di Commercio, giudicò una prima volta che le controversie relative alle mediazioni fra le agenzie teatrali e gli artisti fossero di competenza commerciale, partendo dal concetto che l'artista teatrale col locare la sua opera facesse atto di commercio, rinvenne però sulla sua opinione, e più tardi giudicò in vece, e con miglior consiglio, essere di competenza civile e non commerciale, le azioni degli agenti teatrali contro gli artisti da teatro pel pagamento delle mediazioni (2).

Però laddove gli artisti teatrali si associassero fra di essi per assumere un'impresa di pubblico spettacolo, questo loro contratto ed i contratti accessori, come gli acquisti che facessero di vestiari, decorazioni e simili, e la locazione di altri artisti, costituirebbero atti di commercio, perchè se anche gli artisti associandosi nel modo che si è detto possono avere per iscopo l'esercizio dell'arte loro, è però certo che corrono l'alea del guadagno e della perdita, e che assumono propriamente un'impresa di spettacolo pubblico (3).

È noto poi come per siffatte imprese e per le relative rappresentazioni, si deve ottener licenza dall'autorità locale di sicurezza pubblica ed uniformarsi alle speciali norme stabilite nell'interesse della moralità e dell'ordine pubblico (4).

27. Le *imprese editrici*, *tipografiche* o *librarie* furono annoverate fra gli atti di commercio per la loro importanza e perchè hanno manifestamente scolpito il carattere commerciale, cioè dell'intento di speculazione da cui editori, tipografi e librai sono mossi ad

(1) Processi verbali della Commissione, ecc., Verb. n. 9, tornata del 1° maggio 1865, § V.

(2) Sentenze 18 maggio e 10 dicembre 1868 del Tribunale di Comm. e della Corte d'Appello di Milano, Lamperti c. Peralta, e 26 maggio 1873 della Corte stessa, James-Hawley c. Italo Campanini.

(3) Bedarride, De la jurid. comm., n. 286.

(4) Art. 32 della legge 20 marzo 1865 sulla Sicurezza pubblica.

assumere siffatte imprese. Si è poi creduto opportuno annoverare le tre imprese, sebbene molte volte vadano unite, perchè possono anche essere e col fatto soventi sono separate (1).

28. Le *operazioni di banca*, che consistono sostanzialmente nel commercio del danaro e dei valori pubblici e privati, sono molteplici ed assai varie, e danno perciò luogo a molte specie di *Banche*. La distinzione somma è quella fra le Banche *pubbliche* e le *private*; e le prime che sono esercitate da Società anonime, si distinguono a loro volta in Banche di *emissione*, le quali, oltre all'occuparsi delle operazioni ordinarie di banca, hanno dai poteri dello Stato, sotto condizioni e con cautele determinate nell'interesse del credito pubblico, la facoltà speciale di emettere biglietti di banca equiparati alla moneta metallica, ed ai quali si dà pure corso forzoso allorquando le condizioni dello Stato lo richiedano; ed in Banche di *circolazione* semplicemente, le quali si occupano soltanto delle ordinarie operazioni bancarie.

Le Banche pubbliche di emissione sono in Italia la Banca Nazionale nel Regno d'Italia, la Banca Romana, il Banco di Napoli, il Banco di Sicilia, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di credito per le industrie ed il commercio d'Italia.

Talune Banche pubbliche hanno certi speciali intenti e conseguenti privilegi, come sarebbero quelle che presso di noi hanno assunto le operazioni del Credito Fondiario, in base alla Legge 14 giugno 1866, n. 2983, e quelle che assumessero le operazioni del Credito Agrario, in base alla Legge 21 giugno 1869, n. 5160.

Le Banche ed i banchieri si prestano, come già ho accennato, ad una gran quantità di operazioni commerciali, che danno luogo ad un'immensa varietà di contratti. Servono d'intermediarii fra i capitali che cercano lavori in cui impiegarsi ed i lavori che cercano capitali, i quali li rendano possibili e li fecondino: abbracciano nella vasta loro sfera di azione tutti i rami dell'attività umana: dispensano il movimento e la vita al commercio ed all'industria: moltiplicano le loro forze: trasportano come per incanto i capitali

(1) Su questi articoli, I, n. 16.

da un luogo all'altro; e quando sappiano dirigere al bene l'immenso potere di cui dispongono, possono favorire tutti i progressi e grandemente aumentare la ricchezza sociale e la prosperità del proprio paese: per loro mezzo si compiono tutte le operazioni di cambio: dalle loro mani vengono creati e passano le lettere di cambio, gli assegni bancari ed i biglietti di banca, che surrogano il credito al danaro, la carta alla moneta metallica, il valor nominale al valore intrinseco: ammirabili invenzioni e risorse dei tempi moderni; ma risorse ed invenzioni, delle quali ben giustamente si disse che la moderazione fa la forza, e che, al pari delle ali d'Icaro, lasciano precipitare al suolo quelli che ne abusino, esagerandone il potere.

29. Importantissima fra le operazioni di banca è il *cambio*.

La parola *cambio* si prende generalmente per il baratto di una cosa qualunque con un'altra: in ispecie però ed in commercio, ristretta alle operazioni mercantili in monete o loro equivalenti, significa quell'utile che un negoziante banchiere od altra persona percepisce dalla negoziazione del danaro o di ogni altro rappresentativo di esso, ed allora dà il nome al contratto particolare di danaro, chiamato *cambio*, che secondo l'opinione universale e più adeguata, si definisce un contratto in forza del quale si fa una compra di danaro assente col presente, cambiandosi questo con quello col mezzo delle lettere di cambio, che formano il segno di questo contratto e l'istrumento dell'esecuzione. Così l'AZUNI, il quale soggiunge potersi più semplicemente dire del cambio, essere una cessione di credito che si fa ad un altro per mezzo di un foglio, detto lettera di cambio (1).

Questo è detto cambio *reale* o *diretto*, il quale anche dallo SCACCIA, nella ricerca e nella discussione delle varie opinioni professate sulla natura del contratto di cambio, si fa consistere nella compra-vendita di danaro assente con danaro presente (2); e si distingue dal cambio *minuto* o *manuale*, che i latini appellavano *collybus*, e che ha luogo qualora si dà una moneta od il suo equi-

(1) Diz. di giur. mer., V. Cambio, §§ 1 e 2.

(2) De comm. et camb., § 1, quaest. IV, n. 21 e seg., e quaest. V, n. 3.

valente per averne un'altra o l'equivalente suo, contro un profitto o corrispettivo che l'una parte dà all'altra (1); come si distingue pure dal cambio *secco* o *finto*, che è un'operazione la quale si avvolge delle forme del cambio e le simula, esprimendo il debito ed il credito delle parti rispettivamente con lettera di cambio, e che non è un'operazione di cambio, ma bensì un mutuo od altro contratto. Il cambio secco o finto si riconosce all'assenza di quelle che sono le circostanze caratteristiche del cambio vero o reale, cioè che il pagamento debba seguire ed in realtà segua in un luogo diverso, più o meno distante da quello in cui si è preso il danaro (2). Però conviene avvertire che questa distinzione è oramai più teorica che pratica, atteso il concetto che informa attualmente l'istituto della lettera di cambio e l'abbandono del principio del cambio trajettizio, come si dirà a suo luogo, cioè sulle disposizioni del Codice riguardanti la lettera di cambio appunto.

Il cambio reale e diretto nasce generalmente dalla numerazione del danaro; ma può anche essere originato da un credito precedente, senza che sia d'uopo dell'effettivo sborso della somma; imperciocchè dalla nuova convenzione del cambio risulta la numerazione virtuale, egualmente che se il debitore pagasse la somma dovuta da prima in estinzione del suo debito, convertendola in un altro contratto da cui ritrae questi una dilazione (3).

Questa specie di cambio consistendo nella compra del danaro assente col presente, o nella permutazione di questo con quello, gl'interessi sono estranei alla natura sua, e non può nel cambio ammettersi alcuna distinzione di capitali e d'interessi. In esso tutto è prezzo e capitale (4).

Il cambio si fa ed è detto *alla pari*, quando così intrinsecamente come in commercio tanto valga il denaro assente quanto il presente,

(1) Azuni, Loc. cit., § 3; Scaccia, quaest. iv, n. 18 e seg., e quaest. v, n. 2.

(2) Azuni, Loc. cit., §§ 3 e 9; Scaccia, § 1, quaest. vii; Turre, De camb., Disp. 1, quaest. 2, n. 15.

(3) Azuni, Loc. cit., § 5; Casaregis, Disc. 26, n. 6.

(4) Azuni, Loc. cit., § 11, ed autorità ivi citate.

ma ciò accade assai di rado; e generalmente parlando vi ha *spareggio* e così utile o perdita, fra il danaro assente, cioè che esiste su altra piazza, e colà si acquisti, ed il danaro presente in piazza e che si paghi in corrispettivo di quello. E vi ha utile o perdita, secondo che dalla piazza sulla quale il danaro si acquista vi abbiano somme da far venire nella piazza in cui il contratto ha luogo, o per contro da quest'ultima piazza se ne debbano mandare su quella.

Per offrire più chiaro il concetto del cambio *alla pari* ed *in ispareggio*, mi giova valermi delle spiegazioni di un chiaro autore inglese che ha illustrato la teoria dei cambi.

In seguito ad affari combinati tra paese e paese, o tra piazza e piazza, un certo numero di abitanti di uno stesso paese o di una medesima piazza si trova di avere incontrato impegni in favore di negozianti di altro paese o di altra piazza; e per risparmiarsi le noie, i rischi e le spese di un invio di numerario, costoro, che costituiscono quasi un gruppo di debitori, cercano un altro gruppo di negozianti ai quali siano dovute somme equivalenti dal paese straniero o dall'altra piazza. Quando codesto gruppo di debitori ha trovato un gruppo di creditori corrispondente, compera dal medesimo i suoi crediti, e li applica al pagamento dei proprii debiti nel paese estero o nell'altra piazza. Se l'insieme delle somme dovute da ciascuno dei due paesi all'altro o da ciascuna delle due piazze all'altra, è assolutamente eguale, se cioè lo ammontare dei debiti rispettivi è il medesimo, se le scadenze coincidono, se i pagamenti si devono fare in una moneta identica od equivalente, il prezzo che gli acquisitori dei crediti dovranno pagare ai loro cedenti non offrirà difficoltà, dovrà consistere in una somma eguale od anche identica a quella che deve esigersi nello Stato estero o nell'altra piazza in virtù dei diritti ceduti, e per parlare il linguaggio tecnico, il cambio sarà sempre *alla pari*. — Se invece fra i debiti rispettivi dei diversi paesi o delle diverse piazze si verificano disuguaglianze, o nel loro ammontare, o nelle loro scadenze, o nei rapporti fra le monete rispettivamente in corso, nasce lo *spareggio* ed il vario corso dei cambi, i cui

movimenti sono il risultato ed insieme l'indicazione di codesta disuguaglianza (1).

Questa specie di cambio si distingue anche in cambio *a vista* od *a termine* più o meno lungo, e che generalmente è stabilito dalla consuetudine delle varie piazze; e la differenza consiste, come si comprende, nell'avere il diritto di riscuotere il danaro sull'altra piazza immantinenti ed a semplice presentazione del titolo, ovvero nell'avere il diritto di riscuoterlo soltanto dopo un certo termine dalla presentazione medesima.

È ben inteso che il cambio costituisce atto di commercio soltanto quando è fatto dai banchieri o dai negozianti che si propongono uno scopo di lucro, non quando è fatto dalle persone estranee al commercio per provvedere ai proprii bisogni: anche qui l'atto di commercio è costituito dallo scopo di lucro.

Come ricordo storico, forse più che per altro, accennerò pure al cambio che si disse *obbliquo*, *indiretto* ed anche *nundinale* da *nundinae*, fiere, il quale era altre volte molto in uso in Italia; e così ne discorre una dotta sentenza, pronunciata in causa alla quale aveva dato luogo un contratto di cambio di questo genere del 1844.

Essa comincia rammentando come « allo scopo di togliere le calorose disputazioni che da lungo tempo si agitavano nelle scuole, negli scritti e nelle decisioni dei teologi, dei canonisti e dei civilisti, sulle usure del denaro che veniva ad altri sovvenuto per un tempo designato, volendo gli uni che fosse peccaminoso e delittuoso qualunque percepimento di frutti, altri sostenendo che dal danaro mutuato potesse trarsi una onesta e limitata usura, ed altri infine ammettendola solo quando si aveva il concorso di alcune circostanze che bene non erano definite, insorse nel principio del secolo XV il giureconsulto Paolo De-Castro di Otranto, il quale aperse una via di conciliazione insegnando che il sovventore di danaro può pretendere l'usura ove si verifichi che egli perda un lucro,

(1) GOSCHEN, Théorie des changes étrangers, traduct. de LÉON SAY, pag. 15 e seguenti.

o che risenta un danno nel mutuare ad altri il danaro, o se gli viene ritardata la restituzione del medesimo. Il consiglio del dotto giureconsulto, il quale si fondò sul *lucro cessante* e sul *danno emergente*, ebbe il plauso anche dei più severi canonisti (1), fu seguìto nelle decisioni degli stessi Tribunali ecclesiastici, ed infine fu portato al grado di legge, perchè i Pontefici nei loro *motu-propri* sancirono che a rendere fruttifero un debito certo, liquido e scaduto, potevano interpellarsi i requisiti castrensi... ». E continua la sentenza anzidetta spiegando come « sulla stessa base del *lucro cessante* e del *danno emergente* si introdusse in tutta Italia, e specialmente nelle provincie alla Pontificia dominazione soggette, il contratto di cambio *nundinale* od *obbliquo*, col quale il mutuante, che non è solito tenere il proprio danaro ozioso, lo somministra al mutuatario che assume il mandato o l'incarico di cambiarlo e ricambiarlo egli stesso, o col mezzo di banchieri nelle diverse piazze o fiere, fino a che segua la restituzione del mutuo, promettendo al mutuante un frutto determinato, e col patto che ove manchi il giro dei cambi e ricambi, sia obbligato a pagare il frutto nella stessa misura, ma a titolo di danni ed interessi. Anche questa forma di contrattazione venne riconosciuta per valida ed efficace dagli stessi Tribunali ecclesiastici » (2).

Conviene però anche dire che questa, come ogni altra forma di cambio, ispirava grandissima diffidenza; ed il pregiudizio era così forte anche presso gli uomini di mente più elevata, che si vede per esempio lo SCACCIA rammentare a questo proposito il proverbio che *la comodità fa l'uomo ladro*, e sentenziare che *cambium videtur labyrintum conscientiarum, præcipitium salutis, conflictus sine concordiam, pelagus sine portu et ædificium sine fundamento* (3).

(1) Anche giureconsulti che si occupavano più specialmente di cose commerciali, professarono la teoria che il contratto di prestito non possa di sua natura produrre alcun interesse, ma che ciò nonostante questo possa essere dovuto per ragione del lucro cessante e del danno emergente. Così il CASAREGIS, Disc. 41, n. 12 e seg.; Disc. 62, n. 22 e seg.; Disc. 169, n. 24 e 25; Disc. 201, n. 7: e l'ANSALDO, Disc. 67, n. 3 al 17.

(2) Cassaz. Torino 2 aprile 1864, Marini c. D'Ajò.

(3) De comm. et camb., § 1, quæst. II, n. 26.

Giova poi avvertire che le operazioni di cambio da parte di chi non sia commerciante non possono reputarsi atti di commercio, se non quando lo scopo di speculazione abbia ispirato l'atto fin dal principio: se invece esso non sia stato fatto che per i bisogni dell'agente e non in vista di una speculazione, non sarà atto di commercio; e così venne a ragione giudicato in tema di cambio di monete estere fatto da persona non commerciante (1).

30. Altra delle operazioni di banca è lo *sconto*, il quale ha luogo quando si fornisce al proprietario di un credito non scaduto, ed in generale portato da effetto cambiario, lo ammontare del credito stesso, sotto deduzione di una prima somma destinata ad indennizzare il banchiere della differenza fra il denaro contante ed il pagamento a termine, cioè degli interessi, la quale deduzione di somma prende lo stesso nome di *sconto*, e sotto deduzione di altra somma che ha per iscopo di compensare il banchiere medesimo delle cure della riscossione dall'obbligato o debitore, la quale prende il nome di *provvigione*. Talvolta il banchiere rinuncia a quest'ultima, e talvolta pure la cumula con lo sconto.

Altra operazione ancora di banca è la *commissione*, che si verifica quando il banchiere s'incarica di negoziare valori, vendendoli o comperandoli per conto di committenti, di eseguire incassi, arbitramenti e simili, sempre mediante una *provvigione*.

Gli *arbitramenti* od *arbitraggi*, che rappresentano un'altra specie importante di operazioni di banca, sono, come scrive l'AZUNI, le combinazioni che sogliono farsi di molti cambi per conoscere quale piazza sia più vantaggiosa per praticare le tratte e le rimesse delle cambiali (2); o come insegnano MASSÉ e DEVILLENEUVE, l'operazione mediante la quale quando si tratta di fare un pagamento da piazza a piazza si determina quale sia la via che possa offrire condizioni di cambio più vantaggiose (3); ovvero ancora, come a

(1) App. di Parigi, 11 marzo 1833. — Conf. BEDARRIDE, De la jurid. comm., n. 288; ALAUZET, Comm. du Cod. de Comm., n. 2987.

(2) Diz. di giur. merc., V. Arbitro, § 10.

(3) Dictionn. du Contentieux comm., V. Arbitrage (en banque).

me sembra che si debba dire, maggiormente estendendone il concetto secondo la pratica del commercio, l'operazione mediante la quale per i cambi, cioè per i pagamenti da piazza a piazza e per la compra e vendita degli effetti pubblici ed industriali, si scelgono le piazze e le combinazioni che offrono condizioni più vantaggiose, comperando dove l'offerta è maggiore e vendendo dove è maggiore la ricerca.

Il *calcolo degli arbitramenti*, che consiste nel confronto del corso dei cambi e degli effetti pubblici ed industriali nelle varie piazze fra le quali si tratta di scegliere, è operazione soventi malagevole e che richiede pratica molta ed abilità, come quella che può comporsi di elementi diversi e che si fonda sovra corsi assai variabili.

Altra operazione di banca è quella di *ricevere denaro in deposito*, a determinate condizioni d'interesse e di disponibilità a favore del deponente; il qual deposito lascia, ben inteso, al depositario la facoltà di servirsi della cosa depositata, a differenza della regola generale del deposito propriamente detto, sancita nell'articolo 1846 del Codice Civile. Questa operazione, se costituisce certamente un atto di commercio da parte del banchiere depositario, perchè rientra nella sfera del commercio del denaro, lo costituisce pure pel deponente commerciante, perchè il non lasciare infruttifero il denaro ed il trovarlo presso il banchiere disponibile secondo i bisogni, rientra pure nelle operazioni commerciali; ma non così per il deponente non commerciante, per il quale cosiffatto deposito non è che una maniera avveduta di amministrazione. Questi concetti sono confermati anche dal n. 23° dell'art. 3, che dichiara atti commerciali i depositi in genere per causa di commercio.

I *conti correnti* sono pure fra le operazioni di banca, e per la loro importanza essi trovansi governati da apposite disposizioni in questo Codice (art. 345 a 348), onde giova rimandarne al commento di quegli articoli la definizione e la trattazione; rammentando qui soltanto che dall' ultimo capoverso dell' art. 6 è giustamente dichiarato che il conto corrente non è atto di commercio rispetto alle persone non commercianti, se non ha causa commerciale; dal che deriva che il conto corrente è atto di commercio anche

rispetto a persone non commercianti, se abbia causa commerciale, come è spiegato nella Relazione Ministeriale (1).

Altra operazione importante di banca, è quella di *aprire crediti*; e si verifica allorquando un banchiere s'impegna a fornire fondi ovvero valori negoziabili, cioè a pagare somme su ordini o contro emissione o girata di effetti cambiari, o ad accettare tratte a certe scadenze. È soventi associato al conto corrente propriamente detto, cioè in senso della precisa sua definizione, e nella pratica ne prende poi quasi sempre il nome: di consueto ha limiti determinati, tanto relativamente all'ammontare, quanto riguardo alla durata; e spesso il banchiere apre il credito ricevendo anticipatamente garanzie mediante fideiussioni, pegni od ipoteche. — E poichè ciò può pure aver luogo nel conto corrente, riservo gli ulteriori sviluppi e la trattazione delle relative quistioni al commento degli articoli 345 e seguenti.

31. Relativamente alle *cambiali* ed agli *ordini in derrate* che l'art. 3 annovera al n. 12° fra quelli che la legge reputa atti di commercio, null'altro qui occorre dire, poichè l'ampia materia dovrà essere trattata nel commento al Titolo X, Libro I del Codice, che è dedicato alla materia medesima, se non che nella vigente legislazione come venne eliminata la distinzione che il Codice precedente faceva tra cambiali propriamente dette e biglietti all'ordine, la cui denominazione si è pur fatta scomparire, così riman tolta la distinzione che per questi ultimi si faceva, considerandoli, o no, atti di commercio, secondo che, quando fossero sottoscritti da non commercianti, dipendessero, ovvero no, da causa commerciale: ora le obbligazioni cambiarie, e tali sono anche gli ordini in derrate, come risulta dall'art. 333 del Codice, sono sempre ed indistintamente atti di commercio, indipendentemente dalla qualità della persona e dalla *causa debendi*, come risulta dai lavori legislativi surriportati (2).

Se le lettere di cambio, le quali vennero introdotte per evitare gl'inconvenienti e le spese del trasporto materiale della moneta,

(1) Su questi articoli, I, n. 9.

(2) Ivi, e n. 17.

non si fossero poi anche adoperate ad altri usi, la emissione loro non avrebbe costituito un'operazione di commercio in aggiunta alle operazioni di banca e di cambio, e l'una sarebbe stata compresa nell'altra per la relazione del mezzo al fine. Ma la cambiale non si mantenne quale fu nella sua origine, cioè semplice documento del contratto di cambio, e divenne principalmente una ruota del credito e quasi la carta monetata dei commercianti, perchè il commercio che si vantaggia assai del credito, dal concetto primitivo di cambiare una somma presentemente fornita in un luogo con altra somma presentemente esistente in altro luogo, andò all'idea di contentarsi della promessa di pagare in avvenire. Così è accaduto che la cambiale discostandosi dalle operazioni di cambio propriamente dette, si combinasse o con una vendita a termine, o con un prestito, o con altra simile operazione commerciale; e da ciò l'opportunità di considerare la lettera di cambio in sè medesima, e dichiararla per sè atto di commercio.

Accade non di rado che con atti successivi alla emissione od alla scadenza delle cambiali si stipulino garanzie, more, decorrenze d'interessi e simili; ma ciò non vale a cangiare l'originaria natura del debito ed a fargli perdere il carattere di atto di commercio (1).

È pure una operazione bancaria analoga a quella delle cambiali, sebbene si pratichi assai anche da chi non sia banchiere, ed abbia oramai acquistato grande importanza, quella del rilascio di *assegni bancari*, più conosciuti sotto il nome inglese di *checks*, ai quali il Codice dedica apposita trattazione negli art. 339 a 344; e l'art. 6 dichiarando che essi non costituiscono atti di commercio rispetto alle persone non commercianti, se non hanno causa commerciale, ne discende che per i commercianti sono sempre atti di commercio, se anche per avventura emessi da non commercianti e per causa estranea al commercio, quando passino per le loro mani, e che sono atti di commercio anche per i non commercianti, se

(1) App. Torino 26 genn. 1863, Ricca c. Capello, e 23 dic. 1867, Olivetti c. Jona.

abbiano causa commerciale. Questo fu appunto l'intendimento espresso dal legislatore, come ho già osservato rispetto al conto corrente (1).

32. Le *imprese di trasporti di persone o di cose, per terra o per acqua*, di cui nel n. 13° dell'art. 3, dovevano essere annoverate fra gli atti che la legge reputa di commercio, perchè l'industria dei trasporti è fra gli ausiliari più efficaci del commercio, talchè un illustre economista italiano scriveva, come ho già avuto occasione di rammentare, che il commercio non è propriamente che il trasporto delle merci da un luogo all'altro (2), proposizione che può citarsi, non perchè sia esatta ora che anche gl'immobili possono formare materia di commercio, e difatti ho superiormente avvertito che non lo è più, ma per confermare l'importanza che in ogni tempo si è riconosciuta a codesta industria dei trasporti.

I trasporti non hanno carattere di atto di commercio quando sono isolati, ed è perciò che la legge parla di *imprese di trasporti*, a significare che essi hanno l'anzidetto carattere allora soltanto che allo scopo di operarli taluno si formi uno stabilimento di maggiore o minore importanza, poichè l'importanza maggiore o minore non influisce (3), preordinando i mezzi a ciò necessari ed aiutandosi dell'opera d'altri: e molti scrittori riportano ed approvano l'osservazione di PARDESSUS (4), che cioè non farebbe per esempio atto di commercio quegli che essendo solito ad impiegare i suoi cavalli e le sue vetture per uso proprio, le desse casualmente in affitto incaricandosi di qualche trasporto, od il coltivatore che dopo di aver condotte le sue derrate in città, ne riportasse merci per altrui conto.

Colle espressioni adoperate nel detto n. 13° dell'art. 3 si è voluto dichiarare che le norme del commercio di navigazione anche

(1) Su questi articoli, I, n. 9.

(2) VERRI, Meditazioni sull'economia politica, § IV.

(3) Cassaz. Napoli 25 nov. 1869, Gabelle c. Beltrami, e Cassaz. Firenze 11 marzo 1880, Voleoni Fabretti c. Spada e Stella.

(4) Cours de droit comm., n. 39.

non marittima, cioè anche di quello sui laghi, fiumi e canali, vanno desunte dalle regole stabilite nel Libro II del Codice, il quale non è più intitolato semplicemente *del commercio marittimo*, come nel Codice precedente, ma *e della navigazione*, all'intento precisamente di estenderlo a regolare anche la navigazione appunto sui laghi, fiumi e canali come risulta dal n. 130 dei Verbali della Commissione del 1869; e si è superiormente veduto (1) come siasi voluto con detta disposizione significare ancora che la legge repùta atti di commercio anche le imprese aventi per oggetto il trasporto delle persone: onde non può più rimaner dubbio intorno a questo loro carattere ed ai conseguenti effetti della competenza consolare e del procedimento sommario (art. 869, n. 1 e 876 di questo Codice) per il trasporto delle persone, sebbene il contratto stesso non formi oggetto delle disposizioni di questo Codice medesimo destinate a disciplinare il contratto di trasporto delle cose (art. 388 a 416), ed anche nelle eventualità dello esercizio delle ferrovie da parte dello Stato (2): la qual cosa, quanto a quest'ultimo, è pur confermata dalla disposizione dell'art. 7.

33. Quanto alla *costruzione, la compra e la vendita di navi*, non si è più adoperata la parola *impresa*, stata usata in diversi numeri precedenti dell' art. 3, e che anche rispetto a questa categoria di atti di commercio adoperava il precedente Codice, perchè si è a ragione ritenuto che anche un sol fatto di costruzione, di compra, vendita o rivendita di nave, avesse tale importanza da costituire per sè atto di commercio; e codeste operazioni non potevano non essere reputate atti di commercio, in primo luogo per lo scopo di lucro che esse portano in certa guisa insito, poichè ogni costruttore od armatore di nave si propone, o di servirsene per le proprie speculazioni commerciali, o di rivenderla o noleggiarla per trarne lucro; ed in secondo luogo perchè le navi sono istrumento efficacissimo del commercio.

(1) Su questi articoli, I, n. 9.

(2) La proposta ne era stata pur fatta dall'avv. RABBENO nell'opuscolo: I trasporti ferroviari, ecc., in relazione al Progetto preliminare del Codice di Commercio.

Il Codice precedente portava a questo numero un' aggiunta che ora venne eliminata, l'aggiunta cioè di essere atti di commercio le imprese di costruzione e le compre, vendite e rivendite di navi *per la navigazione interna od esterna;* e fu eliminata quest' ultima espressione perchè vennero trovate opportune le considerazioni che in seno alla Commissione che preparò il Codice del 1865 si erano fatte proponendo la stessa eliminazione, che allora non venne accettata, e cioè che quella espressione fosse inutile e restrittiva del concetto legislativo, e che sembrasse escludere, senza ragione, le navi le quali fossero soggetto di contrattazione per uso diverso della navigazione, come, a cagion di esempio, potesse accadere per bastimenti destinati nei porti a magazzeni (1).

È ben inteso però che devono sempre riferirsi al commercio; e quindi non dovrebbe aversi siccome atto di commercio la compra di navi che taluno facesse per proprio esclusivo uso, indipendentemente da destinazione commerciale, come si verifica per i *yact* di piacere di talune famiglie principesche o ricchissime: la presunzione della legge cederebbe allora alla diversa realtà delle cose.

34. Dovevano pur dichiararsi atti di commercio *le compre e le vendite di attrezzi, arredi, vettovaglie, combustibili ed altri oggetti di armamento per la navigazione*, perchè tutto ciò serve alla navigazione, e per conseguenza al commercio a cui la navigazione serve a sua volta: sotto il nome di *attrezzi* o di *esárcia* si comprendono le gomene, le corde, i cavi, le vele, le ancore, gli alberi, le antenne, i remi ed ogni altra cosa accessoria e non materialmente infissa al corpo della nave; sotto nome di *arredi* vengono i mobili di cui le navi sono fornite per l'uso dei naviganti; e sotto quello di *vettovaglie*, i viveri per uso e consumo dell' equipaggio durante il tempo della navigazione.

35. Le *spedizioni marittime* in senso dell'art. 3, n. 16°, sono naturalmente atti di commercio in quanto si riferiscono ad operazioni commerciali: per esse s'intendono quindi i viaggi che si

(1) Processi verbali della Commissione nominata con R. Decreto 2 aprile 1865 ecc., Verb. n. 24.

intraprendono, o si fanno da altri intraprendere, per operazioni di commercio.

36. Gli *arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio, e le convenzioni per salari e stipendi di equipaggi* dovevano dichiararsi atti commerciali, perchè sono tutti mezzi che servono al commercio; e le relative disposizioni sono contenute negli articoli 521 e seguenti del Codice.

37. *Noleggi* sono i contratti che si stipulano fra il proprietario o l'armatore della nave e chi acquista il diritto di servirsene, o per intiero, o per trasporto di merci o derrate determinate, per un viaggio o più viaggi pure determinati, e mediante un prezzo convenuto, che si chiama *nolo*. Essi sono regolati dagli art. 547 e seguenti, e sono atti di commercio da parte del proprietario od armatore della nave, perchè costituiscono la locazione ed effettuano la destinazione da lui datavi, procurandogli il beneficio che se ne era ripromesso; e lo sono pel noleggiatore, perchè gli procurano l'uso della nave, sia per noleggiarla a sua volta e trarne lucro, sia per servirsene pei suoi commerci.

Si è fatta quistione se debba esser considerato siccome noleggio in senso della disposizione di legge di cui si tratta, e quindi atto di commercio, il contratto relativo al trasporto di un passeggiere e del suo bagaglio a bordo di un naviglio, il quale può dare ed ha dato luogo a contestazioni importanti, per danni e responsabilità in caso di perdite e di avarie; e fu giustamente risposto sì per il proprietario od armatore, perchè la costoro operazione rientra nella categoria delle imprese di trasporto per acqua; e no per il passeggiere, il quale nello assicurarsi il mezzo di recarsi là dove l'invitano i suoi interessi, le sue affezioni, i suoi studi, il piacere od anche i suoi commerci, fa un semplice atto civile, perchè l'atto stesso non può comprendersi nella categoria dei *noleggi*, nè in alcun'altra categoria degli atti commerciali, e perchè si tratta di cosa inerente propriamente alla persona (1).

(1) ORILLARD, De la compét. comm., n. 464; BEDARRIDE, De la juridict. comm., n. 317. — Cassaz. francese, 11 genn. 1860. Messageries imper. c. Risk-Allah-Effendi.

38. *I prestiti a cambio marittimo*, appellati latinamente *pecunia trajetitia, pecunia nautica, foenus nauticum*, giusta la definizione dell'AZUNI sono contratti per i quali s'impresta da taluno una certa somma di danaro a suo rischio, e si prende da un altro, per valersene in traffici marittimi, a condizione che in caso di perdita accaduta per fortuna di mare o per accidente di forza maggiore degli effetti pei quali essa somma è stata imprestata, non potrà il datore ripetere la medesima, se non fino a concorrenza di ciò che sarà sopravvanzato; e che in caso di felice ritorno, o che gli effetti fossero periti per intrinseco loro vizio, o per mancamento del capitano o dei marinai, sarà il cambiatario tenuto di restituire al datore la somma istessa con un certo profitto convenuto pel prezzo, ossia compenso del rischio di detti effetti, assuntisi dal datore in discarico del cambiatario (1).

Sotto ogni aspetto questi contratti dovevano essere annoverati fra gli atti di commercio: relativamente al cambiatario o prenditore, perchè la destinazione della somma ricevuta alla manutenzione, alle riparazioni od all'armamento della nave, alle compre del carico od alle spese relative, caratterizzano l'operazione siccome commerciale; e relativamente al datore, perchè speculando egli sulla riuscita del viaggio, e correndo l'alea, o di perdere il suo capitale o di ritrarne un premio soventi assai rilevante, fa pure una vera operazione di commercio.

E *gli altri contratti riguardanti il commercio di mare e la navigazione* dovevano naturalmente reputarsi dalla legge atti di commercio, perchè essi sono tutti mezzi che servono al medesimo.

39. Le *assicurazioni contro i rischi della navigazione* sono quei contratti con cui si promette da taluno il risarcimento delle perdite e dei danni che possono accadere alle altrui merci od agli altrui effetti che si trasportano per acqua, mediante un premio convenuto tra l'assicuratore e l'assicurato, e proporzionato al valore delle cose trasportate, e sono governate dagli art. 604 e seg. del codice, con riferimento anche agli art. 417 e seg.; e sono *mutue*

(1) Diz. di giur. merc., V. Cambio marittimo, n. 1.

allorquando i contraenti si promettono a vicenda il risarcimento delle perdite e dei danni che possono come sopra accadere, ovvero, giusta la frase dell'art. 239 del Codice, allorquando gli associati in mutua assicurazione dividono tra essi i rischi che ne sono l'oggetto: onde tutti i contraenti si fanno assicuratori ed assicurati insieme.

Anche in questo particolare, come in altra materia (n. 32), al concetto delle *assicurazioni marittime* del Codice precedente (art. 2, n. 15), fu sostituito quello più largo delle « assicurazioni contro i rischi della navigazione », e così anche delle navigazioni sui laghi, fiumi e canali, con una disposizione che è anche più consona ad altre disposizioni del Codice.

40. Le *assicurazioni terrestri contro i danni e sulla vita*, menzionate nel n. 20° dell'art. 3, si distinguono anch'esse in assicurazioni a premio, e mutue.

Il concetto di queste ultime venne dato nel numero precedente; e le assicurazioni terrestri a premio sono dall'art. 417 del Codice definiti i contratti con cui l'assicuratore si obbliga, mediante un premio, a risarcire le perdite o i danni che possono derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti o di forza maggiore, ovvero a pagare una determinata somma di denaro secondo la durata o gli eventi della vita di una o più persone; e codesti contratti dovevano in massima annoverarsi fra gli atti di commercio, perchè le assicurazioni in generale hanno intento di speculazione, e mettendo in movimento importanti capitali, si organizzano ordinariamente in società anonime.

Il precedente Codice di Commercio al n. 16 dell'art. 2, stabiliva essere atti di commercio « le assicurazioni terrestri quando non siano mutue, e rispetto all'assicuratore soltanto », ed a queste due limitazioni troppo assolute venne opportunamente sostituita la disposizione del primo capoverso dell'art. 6.

Per essa la limitazione che le assicurazioni terrestri siano atti di commercio « rispetto all'assicuratore soltanto », è mantenuta sempre per quello che riguarda l'assicurazione sulla vita, perchè è manifesto che l'assicurato non può speculare sulla vita propria,

e se taluno speculi per avventura sulla vita di altri, fa un atto immorale, a cui la legge non può aver riguardo; e per quello che riguarda l'assicurazione di cose, la limitazione medesima è mantenuta soltanto per quelle che non siano oggetti o stabilimenti di commercio, perchè per esse è vero l'antico detto che « assecuratus non quaerit lucrum, sed agit ne in damno sit », mentre per gli oggetti o stabilimenti di commercio anche l'assicurato fa atto di commercio, quando provvede alla sicurezza degli oggetti e degli stabilimenti che costituiscono lo stesso suo commercio o servono ad esso, poichè ciò rientra nei mezzi con cui il medesimo si opera. Ed in questo senso già era stato giudicato sotto l'osservanza del Codice di Commercio Albertino, sebbene non avesse disposizione corrispondente al succitato n. 16 dell'art. 2 del Codice del 1865 (1).

Quanto all'altra limitazione, che era portata dal Codice precedente, che cioè le assicurazioni terrestri *mutue* non costituissero atto di commercio, ed era stata pure conservata nei vari progetti del Codice attuale, salvo quando riguardassero oggetti o stabilimenti di commercio, venne eliminata nell'ultimo stadio della preparazione del Codice per i motivi superiormente richiamati (2).

L'importante materia delle assicurazioni terrestri forma nell'attuale Codice oggetto di apposite disposizioni legislative (art. 417 a 453) ed a buon diritto, perchè in verità oltre il carattere cosmopolita del diritto commerciale, la materia medesima ha oramai ricevuto anche nel nostro paese uno svolgimento pratico sufficiente da non doversene rimandare la codificazione ad epoca più lontana, come avevano creduto di dover fare i legislatori del 1865 (3).

41. Le *imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari* sono reputate atti di commercio, perchè sono mezzi che servono al commercio medesimo.

(1) App. Torino 12 marzo 1853, Cantone c. Società di Assicurazione.

(2) Su questi articoli, I. n. 28.

(3) Processi verbali di quella Commissione, Verb. 29, pag. 165.

La *commissione*, come dichiara l'art. 380 del Codice, ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto del committente a nome del commissionario, e, ben inteso, mediante compenso o provvigione; e sebbene la legge adoperi la parola *impresa*, la quale potrebbe far sorgere il dubbio che un solo contratto di commissione non costituisca atto di commercio, vuolsi però ritenere essere stato intendimento del legislatore che anche un solo affare di commissione commerciale sia per sè stesso un atto di commercio, come risulta dai lavori legislativi preparatori del Codice (1); e questo intendimento è conforme al concetto che la commissione è atto di commercio, non solo considerata rispetto a chi la compie, in quanto lo fa per ispeculazione, ma anche considerata come mezzo efficacissimo al commercio del committente.

Le *imprese di agenzia e di uffici di affari* sono quegli stabilimenti i cui proprietari s'incaricano abitualmente di attendere agli affari altrui mediante un compenso. Lo stabilimento, l'ufficio aperto al pubblico sono quelli che caratterizzano codesto atto di commercio, mentre il semplice fatto di accettare l'incarico di attendere ad affari di altri non potrebbe bastare.

Sono numerose assai le specie di siffatte agenzie od uffici, comprendendo esse tutto ciò che può formare oggetto di mandato; poichè s'incaricano di cercare impiego ai capitali come alle persone, di procurar vendite di merci e di mobili come di stabili, di esigere come di pagar somme, di amministrare patrimoni, di dirigere procedure giudiziali, ecc., ecc.

Codeste agenzie ed uffici, come possono arrecare veri servigi al commercio ed alla vita civile nelle grandi città, dove difatti si vedono funzionare, così del pari possono essere pericolosi, abusando della confidenza pubblica; ed affine di prevenire nei limiti del possibile siffatti inconvenienti, l'art. 64 della Legge 20 marzo 1865 sulla sicurezza pubblica dispone che non si possano stabilire gli stessi uffici, senza averne fatta la dichiarazione in iscritto all'autorità politica del circondario e senza averne ottenuto l'as-

(1) Su questi articoli, I, n. 25.

senso, con facoltà all'autorità stessa di dare speciali prescrizioni nell'interesse pubblico, e salvo il ricorso al Prefetto contro il rifiuto dell'assenso.

Quanto al compenso dovuto a queste agenzie, in difetto di convenzione fra le parti, ne viene regolato l'ammontare dai Tribunali secondo le circostanze; ed è stato giudicato che anche quando è intervenuta una convenzione espressa, e non ostante il patto che il compenso dovesse pagarsi integralmente ed in ogni caso, i giudici possono ridurlo se il mandato viene revocato prima che abbia intiera esecuzione, perchè un agente di affari non può venire assimilato ad un imprenditore *à forfait*, e che quando pure il mandato sia stato intieramente eseguito, i giudici possono ridurre la misura del compenso promesso, se lo trovano manifestamente esagerato (1).

Nel particolare dell'agente di matrimoni, venne giudicato che egli non può pretendere, perchè immorale, la esecuzione di una convenzione mediante la quale una parte siasi obbligata di pagargli il cinque per cento della dote che riceverebbe dalla sposa, riportandosi allo stesso agente quanto ai mezzi da impiegarsi per giungere a combinare il matrimonio (2).

42. *Le operazioni di mediazioni in affari commerciali* consistono nel costituirsi intermediario fra persone che desiderano di fare una negoziazione opposta, e nel mettere le medesime d'accordo sul contratto; e queste operazioni si reputano dalla legge atti di commercio, perchè sono l'istrumento ed il mezzo con cui si compiono molti atti di commercio, e perchè è opportuno che esse siano governate dalle stesse regole e sottoposte agli stessi giudici degli atti commerciali.

43. La categoria dei *depositi per causa di commercio* fu aggiunta nel Codice perchè i medesimi sono rivestiti di caratteri che li di-

(1) Cassaz. francese 11 marzo 1824, Isart c. Héritiers Desgardes. — Conf. Bioche e Goujet, Dict. de proc., V. Agent d'affaires, n. 10.

(2) App. Parigi 19 agosto 1836 (Le Droit, 20 agosto 1836) — Conf. Goujet e Merger, Dict. de dr. comm., V. Agent d'affaires, n. 17.

stinguono dai depositi di diritto civile, come è stato detto nei surriportati lavori preparatori del Codice (1). Essi sono quei contratti mediante cui un commerciante s'incarica, contro retribuzione, di custodire e conservare cose di proprietà di altri, per rendergliele ad epoca determinata, ovvero a sua richiesta; e ciò che sostanzialmente li distingue dai depositi civili si è l'essere contratti interessati ed informati alla divisa del commercio — nulla per nulla — e così di essere fatti, come si disse, contro retribuzione, mentre il deposito civile è un contratto essenzialmente gratuito, come è stabilito nell'art. 1837 del Codice Civile. Onde è stato a ragione giudicato che il deposito puramente officioso e gratuito anche fra commercianti non costituisce atto di commercio (2).

Questi depositi per causa di commercio, non diversamente dai depositi civili, si distinguono in *volontari* e *necessari*, ed i primi si suddividono in *regolari* ed *irregolari*. Il deposito è *volontario* quando è fatto per libero consenso del proprietario della cosa, e del depositario (art. 1839 Cod. Civ.), e tale specie di depositi si verifica ordinariamente allorquando le merci spedite dall'un luogo all'altro non possono giungere a quello di destinazione che dopo essere state trattenute in uno o più luoghi intermedi o per motivi di dogana o per altre cagioni, e generalmente esso è *regolare*, cioè porta l'obbligo di restituire identicamente la cosa depositata, senza che il depositario possa impiegarla a proprio vantaggio, e senza che, in caso di distruzione o deterioramento, ne abbia la responsabilità, pel principio che *res perit domino:* il deposito volontario è poi *irregolare* allorquando il depositario non è obbligato a restituire identicamente la cosa depositata, ma deve restituire soltanto oggetti della stessa specie, natura, qualità e quantità, e tale si considera in generale il deposito di danaro, salvo che circostanze speciali lo escludono, e del quale il depositario può servirsi, salvo appunto un tale caso. Il deposito è poi *necessario* quando è la conseguenza di qualche accidente come un incendio, una

(1) Su questi articoli, I, n. 26.

(2) Cassaz. franc. 18 prair. an 2; DALLOZ, Rép., V. Comp. comm., 105.

rovina, un saccheggio, un naufragio od altro avvenimento non preveduto (art. 1864 Cod. Civ.).

Questa categoria di atti di commercio non ha grande importanza, perchè i *magazzini generali o pubblici* di cui nel seguente numero, col fatto assorbono la maggior parte dei depositi per causa di commercio propriamente detti, e perchè una parte rilevante di depositi viene pur fatta presso i commissionari, al doppio scopo di affidare a questi la vendita delle merci depositate e di averne anticipazioni sul loro valore; ma pur tuttavia essendo contratti certamente conosciuti ed usati in commercio, è opportuno di dire che il compenso è conforme alla loro natura, e si dovrà quindi sempre corrispondere, anche in difetto di convenzione, e dovrà corrispondersi nella misura determinata dalla convenzione appunto, allorquando sia intervenuta, o dall'uso, ed in difetto dell'una e dell'altro, dal prudente arbitrio dei Tribunali, i quali potranno pure attingere norme per ragione di analogia dalle tariffe stabilite per i magazzini generali, tenuta ragione delle differenze di condizione.

Giova pure avvertire che il commerciante depositario ha diritto di prelazione sul valore delle cose depositate per il rimborso delle *spese* che egli abbia erogate *per la conservazione* delle cose stesse, ma non lo ha però per la sua *retribuzione*. Difatti per le spese di conservazione egli può invocare la regola generale dell'art. 1958, n. 7 del Codice Civile, alla cui applicazione nulla vi ha di contrario nè nel Codice di Commercio, nè negli usi mercantili; ed invece per la retribuzione, non solo non v'ha alcun testo di legge che possa invocarsi in appoggio del privilegio, che di sua natura deve applicarsi ristrettamente, ma l'art. 473 di questo Codice offre anzi un argomento in senso contrario, in quanto nell'accordare la prelazione sulle cose depositate nei magazzini generali fa indicazione separata delle *spese di deposito* e di quelle *di conservazione*, sebbene per lo speciale favore accordato ai magazzini generali accordi il diritto di prelazione anche alle prime.

44. L'ultima categoria degli atti che la legge reputa di commercio sono *i depositi nei magazzini generali, e tutte le operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno rilasciate dai*

medesimi, e sebbene codesta specie di depositi potesse reputarsi compresa nella generica indicazione precedente dei *depositi per causa di commercio*, se ne è fatta una categoria apposita per la loro importanza e perchè già siffatte operazioni erano dichiarate atti di commercio dall'art. 34 della Legge 3 luglio 1871, che governa la materia (1).

I magazzini generali o pubblici, che ognuno può istituire ed esercitare, come dichiara la detta legge, purchè si adempiano le condizioni da essa prescritte, hanno per oggetto, giusta il suo primo articolo, sia di provvedere alla custodia ed alla conservazione delle merci e derrate di qualsivoglia provenienza o destinazione che vi sono depositate, sia di rilasciare speciali titoli di commercio con nome di *fedi di deposito e note di pegno*; e della loro organizzazione e di quant'altro possa essere opportuno, si dirà nel commento agli art. 461 e seguenti del presente Codice, che formano il titolo *Del deposito di merci e derrate nei magazzini generali*.

45. Dopo la enumerazione degli atti di commercio contenuta nell'art. 3, a taluni dei quali si riferiscono le disposizioni degli art. 5 e 6, viene l'art. 4 a dichiarare che si reputano inoltre atti di commercio gli altri contratti e le altre obbligazioni dei commercianti, se non sono di natura essenzialmente civile, o se il contrario non risulti dall'atto stesso.

Il concetto di quest'articolo venne spiegato nella Relazione Ministeriale surriportata (2): con esso e dopo che nel precedente art. 3 furono stabiliti quelli che la legge reputa atti di commercio per il loro oggetto, si è voluto affermare l'influenza che nella determinazione degli stessi atti di commercio deve avere anche il criterio soggettivo, derivante dalla qualità delle persone, e si è perciò adottata la ben ragionevole presunzione della commercialità dei contratti e delle obbligazioni di coloro che per abituale professione esercitano il commercio, giusta la massima dell'antica Scuola, la quale

(1) Su questi articoli, I, n. 26.
(2) Su questi articoli, I, n. 10.

per bocca di BALDO citato dallo STRACCA, insegnava che « mutuum a mercatore mercatori factum, licet in diversas causas trahi possit, legem praesumet in causam mercaturae factum versumque fuisse...: haec igitur juris praesumptio pro liquida probatione habetur » (1): con ciò però che ora si reputa tale il mutuo fatto al commerciante anche da chi non sia commerciante, perchè si guarda alla condizione di colui che impronta il danaro, che si presume volersene servire per uso del suo commercio (2); ma si è pur voluto contenere la presunzione stessa nei giusti suoi limiti, escludendone i contratti e le obbligazioni dei commercianti che siano di natura essenzialmente civile: e la Relazione Ministeriale spiega, come si è veduto superiormente, che tali sono per esempio, il contratto matrimoniale, la divisione di una eredità, la compravendita di un immobile estraneo all'esercizio del commercio, il contratto vitalizio e simili.

Si è anche stabilita la eccezione alla regola generale della commercialità dei contratti e delle obbligazioni dei commercianti, di cui in detto art. 4, consistente nel caso in cui il contrario risulti dall' atto stesso; e si è però spiegato nella Relazione Ministeriale, com'è naturale, che la facoltà data alle parti di fare risultare dall'atto che il contratto e la obbligazione non siano commerciali, non si riferisce ad ogni maniera di contratti e di obbligazioni, ma a quelli soltanto che siano diversi dagli atti enumerati nell'art. 3, e che per la loro natura possono essere tanto atti civili quanto atti di commercio, come sarebbe il prestito di una somma di danaro: questo è il significato dichiarato della frase ALTRI *contratti* ed *obbligazioni*, adoperata nell' art. 4 ; e così doveva essere, perchè gli atti che per il loro oggetto sono

(1) STRACCA, Quomodo in causis mercatorum procedendum sit — De libellis seu petitionibus, n. 4.

(2) V. l'articolo intitolato: Mutuo fatto da non commerciante a commerciante per affari di commercio, del prof. VIDARI, nel Giornale delle Leggi, 1881, pag. 289, che critica una sentenza 23 febbraio 1881 della C. di Cassazione di Torino, in causa Rossi c. Ceroli, la quale sotto il precedente Codice aveva giudicato diversamente.

dalla legge reputati commerciali per qualsiasi persona e dichiarati tali nell'art. 3, tanto più devono tali ritenersi per i commercianti e non può cambiarsene la natura per una semplice dichiarazione contraria.

Nel conflitto poi fra i due diversi sistemi che considerano la presunzione di cui si tratta, o siccome presunzione *juris et de jure*, la quale non ammetta prova in contrario, o siccome presunzione *juris tantum*, che l'ammetta, il nostro legislatore ha adottato il temperamento che consiste nell'ammettere bensì la possibilità della prova in contrario, come si legge nel principio della parte della Relazione Ministeriale su quest'articolo, ma nel non consentire con sconfinata libertà qualunque specie di prova contraria alla presunzione di commercialità, come pur si legge verso la fine di tal parte della Relazione, e nel restringerla a quella contraria che *risulti dall'atto stesso*: con ciò però che non sia necessaria propriamente una letterale ed espressa dichiarazione dell'atto, esclusiva della commercialità del contratto o dell'obbligazione, ma che al magistrato sia lecito di desumerne la prova, e la vera intenzione delle parti, dall'oggetto e dalle clausole del contratto (1).

In conformità a questo concetto era stato giudicato da una delle nostre Corti Supreme, anche sotto l'osservanza del precedente Codice, che nell'art. 3, n. 3° stabiliva pure la detta presunzione, quando l'*atto* stesso non dimostrasse che i contratti e le obbligazioni non avessero causa commerciale, che per *atto* dovesse intendersi il *quod agitur*, non materialmente la scrittura (2).

La detta presunzione di commercialità si riferisce all'epoca della formazione dei contratti e delle obbligazioni dei commercianti, e non già all'epoca della loro scadenza, perchè è soltanto in quella che possono servire ai bisogni del commercio; ond'è che la presunzione medesima dall'una parte non potrebbe venir meno per essere per avventura cessata nel contraente od obbligato la qualità di commerciante, e d'altra parte non potrebbe invocarsi contro chi

(1) Su questi articoli, I, n. 10.
(2) Cassaz. Napoli 7 settembre 1870, Lupo c. Parchinunno.

all'epoca della formazione del contratto o della obbligazione non avesse ancora quella qualità, salvo che il contratto o la obbligazione gli avessero fornito i mezzi di commerciare, nel qual caso essi costituirebbero il primo atto di commercio (1).

È ben inteso poi che la presunzione di commercialità si applica pure ai contratti ed alle obbligazioni contemplate nell'art. 4, se anche non emanano direttamente dal commerciante, ma da coloro che egli abbia preposti al suo commercio e che lo rappresentino in esso, sia con mandato espresso che con mandato tacito; e ciò per la nota regola che *qui mandat, ipse fecisse videtur.*

È anche ben inteso che la garanzia ipotecaria con cui sia per avventura accompagnato il prestito di danaro che costituisca l'obbligo del commerciante, per quanto di natura civile anzichè commerciale, non modificherebbe la natura commerciale dell' atto, perchè l'accessorio, come è la garanzia, non può alterare la natura della cosa principale, che è l'obbligazione.

46. Può accadere che nei contratti e nelle obbligazioni di cui tratta l'art. 4, e cioè di contratti ed obbligazioni diverse da quelli dell'art. 3, il contraente o l'obbligato esprima una causa commerciale, od assuma la qualità di commerciante, sebbene nè l'una nè l'altra cosa siano vere; e si disputa se in tal caso possa ammettersi la prova contraria.

Rimandando la prima parte della quistione al commento dell'art. 7, relativo alla definizione del commerciante, come luogo più acconcio a trattarne, parmi che nel risolvere la seconda parte debba procedersi per distinzioni.

Innanzi tutto convien distinguere fra il caso in cui si tratti di altro contraente consapevole della falsità della causa commerciale, od invece di un terzo in buona fede, che nulla ne sappia. Nessun dubbio, mi sembra, che la prova sia ammessibile contro il primo, perchè si tratta di ristabilire la verità delle cose contro colui che ha concorso a farle simulatamente apparire in condi-

(1) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 50 in fine; Nouguier, Des Trib. de Comm., etc., tom. i, pag. 338; Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 2011; App. Torino 9 maggio 1864, Albert c. Morel.

zione diversa, e viene in applicazione il principio che *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur;* e quanto al terzo di buona fede, mi sembra doversi fare una distinzione ulteriore: o si tratta di un mendacio commesso da colui che ha qualificata commerciale la propria causa di obbligarsi, e non dovrebbe essere ammesso ad impugnarla per il principio che *nemo auditur turpitudinem suam allegans,* e perchè dopo di avere col proprio fatto indotto i terzi nella persuasione di profittare dei vantaggi delle leggi e della giurisdizione commerciale, non può privarneli e deve subire le conseguenze dello stesso fatto proprio: o si tratta in vece di un errore materiale, ovvero la espressione della causa commerciale è stata estorta con violenza o carpita con dolo; ed è giusto che il debitore sia ammesso a ristabilire la verità delle cose anche in confronto al terzo di buona fede, perchè nessuna considerazione più si oppone all'applicazione della surricordata massima di ragione naturale, che cioè *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur.*

47. Si reputano commerciali anche le obbligazioni dei commercianti che nascono dal quasi-contratto, che è un fatto volontario e lecito, da cui risulta una obbligazione verso un terzo od un'obbligazione reciproca fra le parti (art. 1140 Codice Civile), e dal quasi-delitto, che consiste in qualunque fatto, negligenza od imprudenza dell'uomo, che arreca danno ad altri, e che obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno medesimo (art. 1151, 1152 e 1153 Codice Civile); e ciò quando simili obbligazioni si riferiscono a fatti di commercio.

Invero dall'un lato l'art. 4 dispone non solo dei contratti, ma delle obbligazioni in genere e senza distinzione fra obbligazioni che sorgano da convenzioni o da fatti, e d'altro lato l'art. 1097 del Codice Civile qualifica indistintamente obbligazioni i vincoli giuridici che derivano da contratto, da quasi-contratto, da delitto e da quasi-delitto, e non diversamente disponeva il diritto comune, secondo cui « Obligationes ex contractu fiunt, aut ex quasi contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi maleficio ». (1).

(1) Institut., De Obligation., § 2.

La cosa è specialmente manifesta, come osserva il MASSÉ (1), relativamente ai quasi-contratti. Nel quasi-contratto di gestione di affari, per esempio, nel quale quegli che volontariamente si assume un affare altrui soggiace a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato (art. 1141 del Codice Civile), mentre questi, se l'affare fu bene amministrato, rimane soggetto a tutte le obbligazioni di un mandatario (art. 1144), è manifesto che non importa che le obbligazioni reciproche che incumbono alle parti, non siano state precedute da un contratto, e che siano nate all'occasione di un fatto personale all'uno degli obbligati: se questo fatto ha carattere commerciale, le parti si troveranno sempre obbligate commercialmente. — Per un caso fortuito il vostro bastimento, che si trova in un porto diverso dalla sua destinazione, non può continuare il suo viaggio: voi non avete rappresentanti sulla piazza a cui approda: un terzo si presenta, s'incarica delle vostre merci, come avrebbe potuto fare un vostro commissionario, e poi le vende al meglio nel vostro interesse. Può dubitarsi che l'obbligazione di colui che si è costituito vostro mandatario officioso, a rappresentarvi il prezzo delle vostre merci, non che l'obbligazione vostra al rimborso delle spese incontrate per conservare le stesse merci vostre, siano obbligazioni commerciali? Se anche non vi fu convenzione fra le parti, esse sono reciprocamente obbligate come se vi fosse stata convenzione: quegli le cui merci si conservano e si vendono, vede compiuta la sua speculazione commerciale; e quegli che le conserva e le vende, fa l'operazione commerciale del commissionario.

È sempre però una presunzione che viene meno, allorquando si tratti di obbligazioni di natura civile.

E per accennare a qualche esempio, nella ripetizione dell'indebito, che è una delle specie del quasi-contratto, si riscontrerebbe il carattere di commercialità quando si trattasse di ripetizione di somma indebitamente pagata per errore avvenuto nel regolamento di un

(1) Le dr. comm., etc., n. 2611. e seg. — V. anche ALAUZET, Comm. du Cod. de Comm., n. 2960.

conto corrente fra commercianti, e non lo si riscontrerebbe per contro quando si trattasse della ripetizione di somme pagate ad un commerciante in vece che ad un altro, perchè quello sarebbe un fatto di commercio, e questo no. — Nella gestione dell'affare altrui, che è un'altra specie di quasi-contratto, si avrebbe il carattere di commercialità nel pagamento per intervento di una cambiale, perchè anche qui si verificherebbe un fatto di commercio.

Anche le obbligazioni nascenti dai quasi-delitti, devono ritenersi commerciali, a condizione sempre che si riferiscano a fatti di commercio, ed allorquando, come osserva ancora il Massè (1), il fatto costitutivo abbia per sè stesso carattere commerciale, o allorquando, come accade più soventi, il fatto si riferisca alla esecuzione di una obbligazione commerciale anteriore: se invece il fatto costitutivo del quasi-delitto, anche commesso da un commerciante a danno di altro commerciante, fosse estraneo al loro commercio, non costituirebbe atto commerciale.

Per darne pure qualche esempio, ha carattere commerciale l'obbligazione di risarcire il danno cagionato dall'urto di due bastimenti mercantili, perchè l'urto ha luogo nell'occasione ed anzi nell'esercizio dell'industria e del commercio di coloro ai quali i bastimenti appartengono, o per conto dei quali essi viaggiano (2): lo ha anche l'obbligazione di risarcire il danno cagionato al compratore di un fondo di commercio, che incumbe al venditore il quale abbia stabilito indebitamente (cioè contro il patto proibitivo) un altro commercio eguale (3): lo ha parimenti l'obbligazione di risarcire il danno arrecato da una concorrenza sleale fra commercianti (4): lo ha ancora l'obbligazione nascente dalla responsabilità incorsa dai membri del consiglio di sorveglianza di una società in accomandita

(1) Ivi, n. 2613.

(2) App. di Bordeaux 23 febb. 1863. Cassaz. Franc. 24 agosto 1863.

(3) Massé, *loco citato*, e Nouguier, Des Trib. de Comm., tom. II, pag. 354.

(4) App. Douai 11 giugno 1868, Ducourai e Lebcau c. Parigi, e 28 apr. 1868 Villain e C. c. Bouruhovet; Cassaz. Franc. 3 genn. 1872, Dufour Cadet e C. c. Destailleur.

per azioni (1), non che dagli amministratori, dai censori e dal direttore di una società anomina (2).

Può poi vedersi nel citato scrittore la confutazione che egli fa della contraria dottrina di qualche altro autore, e possono pure vedersi le distinzioni fatte nell'ALAUZET (3), come possono vedersi nel DALLOZ riferiti altri esempi di giudicati francesi, e le riserve che egli fa al riguardo (4).

Presso di noi venne giudicato nel 4 giugno 1867 (5) che dalla usurpazione dell'insegna operata da un commerciante a danno di altro commerciante, la quale costituisce un fatto di commercio, deriva un'obbligazione commerciale; ma sebbene la massima sarebbe conforme ai principii, sembra che ciò non possa più ritenersi in presenza della Legge 30 agosto 1868, n. 4577. Questa legge, dopo di avere nel suo art. 1 assicurato l'uso esclusivo del marchio o di altro segno adottato per distinguere i prodotti dell'industria, le mercanzie e gli animali di una razza, purchè si adempiano le condizioni dalla legge stessa prescritte, e dopo di avere nell'art. 5 confermata la proibizione di usurpare il nome o la firma di una società o di un individuo, e stabilita la proibizione pure di appropriarsi la ditta commerciale ovvero l'insegna del negozio, l'emblema caratteristico, la denominazione o il titolo di una associazione o di un corpo morale, e di apporli sopra botteghe, sopra oggetti d'industria o di commercio, o sopra disegni, incisioni od altra opera d'arte; stabilisce nell'art. 11 che le azioni civili riguardanti la proprietà dei marchi ed altri segni distintivi saranno esercitati dinanzi ai Tribunali civili, e nel successivo art. 12 punisce con multa le contraffazioni dei marchi o segni distintivi e le contravvenzioni pure all'art. 5.

Ora poichè per gli art. 84 e 85 del Codice di Procedura Civile, che era in vigore quando emanò quella legge, come lo è attualmente,

(1) Cassaz. Franc. 26 maggio 1869, Raupel c. Cons. de surv. du Compt. d'escompte de Riziers.

(2) Cassaz. Franc. 13 genn. 1869, Diemer et Schoubard c. Amann et cons.

(3) Comm. du Cod. de Comm., n. 2956 e seg.

(4) Répert., Acte de comm., n° 346 e seg.

(5) App. Firenze, in causa Palmucci c. Del Bello.

era ed è attribuita la competenza ai Tribunali civili di tutte le cause *in materia civile*, ed ai Tribunali di Commercio di tutte le cause *in materia commerciale*, e l'art. 723, n. 1° del Codice di Commercio allora vigente disponeva appartenere alla giurisdizione commerciale la cognizione di tutte le controversie relative agli atti di commercio, non diversamente dall'art. 869, n. 1° di questo Codice; deve ritenersi che nel concetto del legislatore abbiano a reputarsi obbligazioni non già commerciali, ma civili, quelle derivanti dai fatti delittuosi anzidetti, sebbene si riferiscano al commercio, e sebbene trattandosi di affari di natura eminentemente mercantile, sarebbe stato per avventura più conforme ai principii riguardarli come obbligazioni commerciali (1).

Lo stesso è a dire delle obbligazioni derivanti dai fatti commessi in frode e contravvenzione delle privative per invenzioni e scoperte industriali, governate dalle Leggi 30 ottobre 1859, n. 3731, e 31 gennaio 1864, n. 1657, non che dal Regolamento di questa ultima data, n. 1674, perchè sebbene l'art. 67 della prima richiamato nell'art. 97 del Regolamento per l'esecuzione della seconda, che estende la prima a tutto lo Stato, non indichi propriamente, come l'art. 11 succitato della Legge 30 agosto 1868, il Tribunale civile, deve tuttavia ritenersi che il legislatore lo abbia avuto di mira, perchè nel successivo art. 68 prescrive che il sequestro o la descrizione degli oggetti che si pretendono contraffatti od adoperati in contravvenzione della privativa siano ordinati dal Presidente del Tribunale civile (2), e certo non vi sarebbe ragione per continuare davanti il Tribunale di Commercio una procedura cominciata con un provvedimento della presidenza del Tribunale civile (3).

E lo stesso pure venne giudicato della obbligazione di un edi-

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1493.

(2) Fu giudicato, ma senza che ciò abbia influenza nella quistione, che per l'attuale legge di procedura, la competenza ordinaria anche per questa maniera di sequestri compete al Pretore (art. 926 e 927 del Codice di Procedura Civile). Sent. 29 dic. 1873, Zaccheo c. Nobili, e 12 luglio 1867, Thomas c. Cassa Mobiliare di cred. prov. e com., della Corte d'Appello di Torino.

(3) Vidari, citata opera, n. 1548.

tore verso altro editore di prestare l'indennità per pubblicazioni di opere dell'ingegno in contravvenzione alla Legge 28 giugno 1865, n. 2337 (1).

48. La fidejussione prestata da commercianti conta certamente fra le obbligazioni per le quali l'art. 4 stabilisce la presunzione di commercialità (2); ma per ricercare se si verifichino le eccezioni alla regola generale portate dallo stesso articolo, e cioè che si tratti di obbligazione di natura essenzialmente civile, o che il contrario risulti dall'atto, si deve guardare all'atto della fidejussione, ovvero all'atto a cui la fidejussione viene ad accedere? Codesta è quistione non scevra di difficoltà, e variamente risoluta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Sostengono molti scrittori e giudicano non poche sentenze che debba guardarsi all'atto ed alla causa della fidejussione, e che per conseguenza debba bensì ammettersi la presunzione di commercialità nelle fidejussioni prestate da commerciante, il quale si suppone lo abbia fatto mediante un corrispettivo, ma che però il carattere di commercialità debba escludersi laddove il commerciante fidejussore possa dimostrare che egli ha fatto un semplice atto di beneficenza e si è vincolato per causa estranea al suo commercio; e sostengono pure che per determinare la natura commerciale o civile della fidejussione non possa aversi riguardo alla obbligazione a cui essa accede, perchè nessuna legge dichiari che la stessa fidejussione debba rivestire il carattere della obbligazione garantita, ed il contrario anzi possa indursi dagli art. 2012 e 2013 del Codice Civile Francese, corrispondenti agli art. 1899 e 1900 del Codice Italiano (3).

(1) Cassaz. Napoli 23 marzo 1871, Deluca c. Cottrau. — Ved. VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1606.

(2) App. Torino 3 marzo 1868, Beltrami c. Bolmida.

(3) ORILLARD, De la comp. comm., n. 190 e 230; NOUGUIER, tom. II, pag. 319 e seg.; DALLOZ, Rép. V. Acte de comm., n. 323 a 325 e 400; ALAUZET, Comm. du Cod. de Comm., n. 3001. MASSÉ, Le dr. comm., etc., n. 2704; Cassaz. Francese 21 nov. 1855, Christofani c. Limperani, 5 gennaio 1859, Reusse c. Saulariol, e 13 agosto 1872.

Anche la Corte d'Appello di Torino si accostò a questa teoria, giudicando che la fidejussione non usciva dal proprio carattere di un mero atto di beneficenza, e così di atto civile, in una specie in cui si aveva una fidejussione prestata da commerciante per un di lui figlio pure commerciante e per contratto commerciale, ma allo scopo dichiarato di *mantenere la buona armonia in famiglia* (1).

La Corte di Cassazione di Torino annullò però il suo giudicato, adottando l'opinione che si debba guardare alla causa del contratto a cui la fidejussione accede, invece di considerare la causa della fidejussione medesima. Essa ritenne fra l'altro: che il fidejussore accedendo puramente e semplicemente all'obbligazione del debitore, ne assume la rappresentanza e si assoggetta in favore del creditore alle conseguenze tutte, cui per legge o per patto è soggetto lo stesso debitore; che data la fidejussione in quel modo, il fidejussore ed il debitore *sunt duo in una obbligatiane constricti;* che il principio si applica sia rispetto alle azioni spettanti al creditore, sia rispetto alla competenza dei Tribunali che devono giudicarne, giusta gli art. 2044 e seguenti del Codice Civile Albertino, corrispondenti agli art. 1898 e seguenti del Codice Italiano, e la regola allora soltanto patisce eccezione quando il fidejussore non è commerciante; che il fidejussore, il quale indica la ragione determinante il suo consenso, non toglie all'atto di cui garantisce l'esecuzione il carattere proprio, e non esclude dall'atto stesso l'operazione commerciale, e che infine la Corte d'Appello avesse confuso due cose logicamente distinte, cioè il *motivo* che *può* avere influito sull'animo di *uno* dei contraenti, con la *causa* costituente la sostanza dell'atto per tutti i contraenti medesimi (2).

La opinione adottata dalla Corte di Cassazione di Torino mi sembra preferibile all'altra, e venne seguìta (3), essendo poi

(1) Sent. 24 febbraio 1864, Carre e Perussia c. Murgia.

(2) Sentenza 21 febbraio 1866, fra le dette parti.

(3) Conforme stessa Cassaz. Torino 23 aprile 1863, Penasso c. Armando;

ben inteso che quando la fidejussione ritrae il carattere di commercialità dalla forma con cui viene data, come accade allorquando si presta l'avallo su cambiale, non vi può più essere discussione, giusta l'art. 275 del Codice; e del resto anche gli scrittori dissidenti convengono in ciò.

La stessa soluzione che si dà alla quistione del fidejussore solidario parmi debba essere data, per parità di ragione, a quella del condebitore in solido.

Appena è opportuno di avvertire, poichè se ne è fatto sovente quistione, che la fidejussione di non commerciante per debiti di commercianti non è riputata atto di commercio (1).

49. La disposizione dell'art. 7, la quale risolvendo una grave quistione che si agitava in dottrina ed in giurisprudenza, stabilisce che lo Stato, le Provincie ed i Comuni, se non possono essere commercianti, possono però fare atti di commercio, rimanendo per i medesimi soggetti alle leggi ed agli usi commerciali, ha avuto così largo e magistrale sviluppo nella Relazione del Ministro Mancini surriportata (2), da non richiedere che poche altre considerazioni.

Questa disposizione legislativa va anche più in là di quello a cui sospingessero i nostri più recenti scrittori ed andasse la più larga giurisprudenza: così il Vidari (3) seguito dal Galuppi (4) proponeva una distinzione a risolvere la quistione, proponeva cioè che si distinguesse, riguardo allo Stato, estendendo poi il si-

App. Casale 9 marzo 1868, Marchesoni c. Messina e Pasquali; App. Napoli 31 maggio 1869, Sansone c. Bruno; App. Torino 3 marzo 1868, Beltrami c. Bolmida, e 17 gennaio 1871, Novarese c. Viarengo ed altri; App. Milano 13 luglio 1878, Colombo c. Roveda; Tribunale Supremo di Berlino 11 giugno 1874 (Busch, Archivio per la pratica del diritto civile comm. e cambiario Germanico, Vol. 35, pag. 318).

(1) Cassaz. Torino 31 luglio 1868, Viale c. Olivero, e 15 giugno 1871, Vandini c. Ghedini; Cassaz. Francese 27 agosto 1867, Cler c. Petitjean-Genat.

(2) Su questi articoli i, n. 12.

(3) Corso di dir. comm. 1, n. 86 e 87.

(4) Nota elaborata a sentenza 21 giugno 1877 della Cassaz. di Napoli, Prefetto di Napoli c. Schisono, nella Legge 1878, pag. 13.

stema alle Provincie ed ai Comuni, fra quelle funzioni che sono reputate necessarie od utili allo Stato per conseguire i fini della sua esistenza, e quelle che tali non sono reputate. Le prime, egli insegnava, quand'anche vengano ad esplicarsi in fatti che esercitati da altre persone costituirebbero l'esercizio di un'industria mercantile, non sono mai di natura commerciale, perchè lo Stato per suo istituto non ha per iscopo il lucro o la speculazione, ma soltanto di meglio provvedere all'interesse delle popolazioni. Le seconde funzioni invece possono essere di natura mercantile, se anche esercitate dallo Stato, quando da parte di altre persone avrebbero indubbiamente tale carattere; e discendendo ad illustrare la sua teoria con esempi, diceva che apparterrebbero alle prime funzioni tutte quelle operazioni di credito che lo Stato compie emettendo rendita pubblica o buoni del tesoro, od assumendo imprestiti, od esplicando l'attività sua nell'esercizio d'industrie che mirano a fornire lo Stato di quanto gli abbisogna per provvedere all'interesse generale, quali sarebbero le fabbriche di armi e le costruzioni marittime; e che apparterrebbero alle seconde funzioni l'esercizio dell'industria balnearia, tipografica, montanistica, degli stabilimenti di pena, delle strade ferrate, ecc.

Nel concetto invece dell'art. 7, non più distinzioni: se lo Stato, le Provincie ed i Comuni devono conservarsi sempre quello che per la loro essenza ed il loro fine debbono essere, ed alla loro qualità propria, permanente ed indistruttibile non possono sostituire la qualità e la professione del commerciante, sono però capaci di fare e fanno con ogni giuridico loro effetto quegli stessi atti di commercio che compiono le altre persone fisiche e morali: la natura intrinseca dell'atto, come scrisse il Ministro nella sua Relazione, è sempre la stessa, e reclama le protezioni e le benefiche garanzie speciali introdotte nel diritto commerciale; ed una diversa teoria sarebbe pregiudicievole agli stessi interessi dello Stato, della Provincia e del Comune, spogliandoli senza ragione di utili prestazioni, facilità e favori.

Conseguentemente coll'abbandono di dette distinzioni, deve tanto più abbandonarsi la giurisprudenza più rigorosa di una delle nostre

Corti Supreme, che persisteva nel concetto escludente l'atto di commercio da parte del Comune (di cui nella specie trattavasi) anche quando per la sua natura fosse tale, come l'attuazione e la cessione di una ferrovia (1), contro la giurisprudenza più larga in cui altra Corte Suprema a sua volta persisteva considerando come commerciale per ambe le parti la convenzione per strada ferrata fra un privato e lo Stato (2), la quale ultima giurisprudenza corrispondeva meglio ai principii, oramai sanzionati nell'attual Codice, perchè l'intima natura obbiettiva dell'atto di commercio non può essere mutata per la qualità della persona che lo compie (3).

La massima sancita dall'art. 7 relativamente allo Stato, alle Provincie ed ai Comuni, è tanto più applicabile agli stabilimenti pubblici, o corpi morali, od enti patrimoniali che vogliansi dire, i quali, comprese le Casse di Risparmio, possono essere benanche commercianti, come per gli stabilimenti pubblici in generale dice la Relazione ministeriale surriportata.

50. Gli atti di commercio, anche aventi un oggetto lecito, possono essere proibiti per ragione dell'ufficio o della qualità della persona che li compie: così nessun uffiziale pubblico od agente del Governo può prendere un interesse privato qualunque nelle aggiudicazioni, negli appalti od in altri atti delle pubbliche Amministrazioni dei quali egli abbia avuto la direzione o la sorveglianza in tutto od in parte, od intorno ai quali sia incaricato di dare ordini, liquidare conti, regolare o fare pagamenti (4); e così nessun uffiziale dell'ordine amministrativo stipendiato dal Governo può far commercio di grani, di farine o di vini che non

(1) Cassaz. Torino 22 aprile 1879, Società Italiana dei lavori pubblici c. Comune di Mondovì, e 25 aprile 1873, Amilhau c. Giani.

(2) Cassaz. Napoli 21 giugno 1877, Prefetto di Napoli c. Schisano.

(3) Ved. le censure del VIDARI alla sentenza della Corte di Cassazione Torinese, nel Giornale delle Leggi, 1879, 297; lo stesso VIDARI, Corso di dir comm., n. 86, e GALLUPPI nel giorn. La Legge n. 1 e 2 del 1878.

(4) Art. 241 e 242 del Codice Penale.

siano il prodotto dei suoi beni, nei luoghi soggetti alla sua autorità (1): ora in questi ed in altri consimili casi, sarebbero validi gli atti di commercio, che fossero compiuti non ostante le *proibizioni espresse* della legge?

Avverto che occorre ben distinguere tale quistione da quella intorno alla validità degli atti di commercio compiuti da coloro al cui riguardo la legge dichiari la *incompatibilità* del loro ufficio o della loro professione con l'esercizio della mercatura o colla professione di commerciante, come accade pei funzionari dell'ordine giudiziario, ad eccezione dei conciliatori e dei giudici di commercio (2), per il personale di prima categoria dei Consolati (3), e per i notai (4): la *incompatibilità* dell'ufficio o della professione può portare soltanto alla conseguenza della rimozione o della cessazione di colui che vi contravvenga, dall'ufficio o dalla professione, o dell'applicazione di misure disciplinari, o simili, a carico di colui che non ostante la incompatibilità versi in operazioni commerciali, e può ancora farsi quistione se siano proibiti i singoli e separati atti di commercio, o soltanto la mercatura propriamente detta e la professione abituale del commerciante; ed invece le *proibizioni espresse* di atti od operazioni di commercio devono portare, a mio modo di vedere, alla nullità degli atti o delle operazioni medesime.

Ciò è voluto dagli art. 1119 e 1122 del Codice Civile, i quali stabiliscono che l'obbligazione fondata su una causa illecita non può avere alcun effetto, e che la causa è illecita *quando è contraria alla legge, al buon costume* o *all'ordine pubblico*, il che significa che la causa è illecita e rende inefficace l'obbligazione, quando concorra l'una o l'altra delle dette tre circostanze, cioè che sia o contraria alla legge, o contraria al buon costume, o contraria all'ordine pubblico; ed è confermato dall'art. 12 delle Disposi-

(1) Art. 244 dello stesso Codice Penale.

(2) Art. 14 della Legge 6 dicembre 1865, n. 2626 sull'Ordinamento giudiziario.

(3) Art. 4 della Legge consolare 28 gennaio 1866, n. 2804.

(4) Art. 2 della Legge 25 luglio 1875 n. 2786, sul notariato.

zioni sulle leggi in generale, nella parte in cui stabilisce che le private disposizioni e convenzioni non possono derogare alle leggi proibitive del Regno che concernono le persone, i beni o gli atti: col quale precetto il nostro legislatore ha richiamato quello degli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO, che cioè: « Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahant, lege contrahere prohibente: quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibisse sufficiat » (1); contrariamente a quello che si è fatto in Francia, dove in occasione della formazione di quel Codice Civile si è rigettata la proposta di un articolo conforme (2).

Ond'è che se si comprende che in quel paese un tale precedente legislativo abbia contribuito a far prevalere la dottrina che limita la inefficacia degli atti a quelli soltanto che contravvengono alle proibizioni motivate dal rispetto ai buoni costumi ed all'ordine pubblico (3); e se si comprende pure che così si giudicasse in passato anche in Italia (4), i cui Codici in tal parte avevano seguito letteralmente il Francese dichiarando illecita la causa, e viziatrice della obbligazione su di essa fondata, « quando è proibita dalla legge e quando è contraria ai buoni costumi ed all'ordine pubblico » (5), adoperando la cupolitiva E, dove il Codice italiano adopera la disgiuntiva O: più non si comprenderebbe sotto le attuali nostre leggi, le quali insieme a tale modificazione degli ar-

(1) L. 5 Cod., De legibus.

(2) Era l'art. 9 del titolo IV di un libro preliminare, di cui alcune disposizioni soltanto furono conservate, e formano l'attuale titolo preliminare del Codice Civile francese.

(3) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 981; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 76; DELAMARRE e LEPOITVIN, Tr. de dr. comm., tom. I, n. 42 e 46 e seg.; MARCADÉ, Explication du Cod. nap., sull'art. 6, n. 95.

(4) Cassaz. Torino 24 febbraio 1858, Flandinet c. Audifredi.

(5) Art. 1133 del Codice Civile Francese, 1244 dell'Albertino, 1106 del Parmense, e 1087 delle Leggi civili delle Due Sicilie.

ticoli dei Codici precedenti corrispondenti al 1122 del vigente Codice Civile, coll'art. 12 delle Disposizioni sulle leggi in generale, hanno richiamato in vigore l'antica rigorosa sanzione del diritto romano; la quale giova che sia seguita anche nell'applicazione pratica della legge, perchè assai brutta cosa è il vedere accordata efficacia ad atti compiuti con flagrante violazione della legge medesima.

Pertanto mi sembra che la quistione della validità, o non, degli atti di commercio compiuti non ostante la proibizione della legge, debba essere risoluta in quest'ultimo senso; e che non sia quindi da accettarsi la teoria, che pur viene anche presso di noi insegnata ed applicata, che cioè coloro che sono naturalmente incapaci di esercitare il commercio, come i minori e gl'interdetti per ragione di abituale infermità di mente, possano sempre, o direttamente o per mezzo di altri, opporre la nullità delle obbligazioni da essi assunte rimpetto ai terzi, ed invece quelli che sono naturalmente capaci, ma ai quali la legge vieta l'esercizio del commercio, non possano comecchessia sottrarsi (ad eccezione della donna maritata) agli obblighi assunti per tale esercizio: in contrario si dice che essi ben potranno per codesta violazione della legge essere colpiti di alcuna pena disciplinare, ma che non sarà mai loro lecito di farsi schermo di una incapacità che naturalmente non esiste e che la legge non dichiara dovecchessia (1): se non che ho superiormente ricordate le disposizioni di legge, con cui è sancita la inefficacia di simili obbligazioni; e quindi non può ritenersi esatta quest'ultima considerazione, che sta a fondamento della teoria che mi sembra non potersi accettare.

(1) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 157; App. Casale 6 giugno 1873, e App. Napoli 17 dicembre 1873.

TITOLO III.

DEI COMMERCIANTI.

8. Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali.

9. I minori emancipati maschi o femmine, per potere esercitare il commercio ed essere reputati maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio, devono essere autorizzati dal genitore con atto davanti al pretore, o dal consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale civile secondo le disposizioni dell'articolo 319 del Codice civile.

Gli atti di emancipazione e d'autorizzazione devono essere presentati alla cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione il minore intende di stabilire la sua residenza, per essere, a cura del cancelliere, trascritti nel registro a ciò destinato ed affissi nella sala del tribunale, nella sala del Comune e nei locali della borsa più vicina.

Il cancelliere deve conservare la prova delle eseguite affissioni.

Prima della trascrizione e delle affissioni suddette il minore non può imprendere l'esercizio del commercio.

10. La disposizione dell'articolo precedente è applicabile ai minori emancipati, anche non commercianti, rispetto ai fatti che la legge reputa atti di commercio.

11. I minori commercianti possono ipotecare ed alienare i loro beni immobili.

12. Il genitore che esercita la patria potestà ed il tutore non possono continuare l'esercizio del commercio nell' interesse di un minore, se non vi sono autorizzati, il primo dal tribunale civile, ed il secondo con deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela omologata dal tribunale.

Questi atti di autorizzazione devono essere pubblicati nei modi stabiliti nell'articolo 9.

13. La moglie non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito.

Si presume il consenso del marito, quando l'esercizio del commercio sia pubblico e notorio, salvo che il marito ne abbia fatto divieto espresso con dichiarazione pubblicata nei modi stabiliti nell'articolo 9.

Nei casi indicati nei numeri 1° e 2° dell'art. 135 del Codice civile l'autorizzazione del marito non è necessaria alla moglie di età maggiore, ma nei casi indicati nell'articolo 136 del Codice medesimo è richiesta l'autorizzazione del tribunale.

La moglie che vende soltanto le merci del traffico del marito non è, solo per ciò, commerciante.

14. La moglie commerciante può, senz'altra autorizzazione, stare in giudizio e contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo commercio.

Se la moglie è in comunione di beni col marito secondo le disposizioni del Codice civile, essa obbliga eziandio il marito ristrettamente agli utili della comunione.

Essa può, senza autorizzazione, dare a pegno mobili ed ipotecare od alienare i suoi beni immobili. Tuttavia i beni dotali non possono essere ipotecati nè alienati, fuorchè nei casi e nelle forme determinate nel Codice civile.

La moglie, sebbene commerciante, non può contrarre società commerciale assumendo responsabilità illimitata senza un'autorizzazione speciale del marito o del tribunale.

15. L'autorizzazione per esercitare il commercio data al minore dal genitore o dal consiglio di famiglia o di tutela, ed il consenso dato per tale oggetto dal marito alla moglie, possono in ogni tempo essere rivocati. L'atto di rivocazione dev'essere pubblicato nei modi stabiliti nell'articolo 9.

Tuttavia la rivocazione avvenuta dopo che il minore o la moglie abbia già impreso l'esercizio del commercio non ha effetto, se non sia approvata dal tribunale civile, sentito a porte chiuse il minore o la moglie.

La rivocazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, neppure per le operazioni in corso.

16. Il contratto di matrimonio tra persone, una delle quali sia commerciante, dev'essere trasmesso per estratto entro un mese dalla sua data, alla cancelleria del tribunale di commercio del luogo dov'è lo stabilimento commerciale, per essere pubblicato nei modi stabiliti nell'articolo 9.

L'estratto esprime se vi fu costituzione di dote e se fu stipulata comunione di beni.

17. Il notaro che ha ricevuto il contratto di ma-

trimonio deve fare la trasmissione ordinata nell'articolo precedente, sotto pena di lire venticinque estensibile a lire cento, e se l'omissione fu dolosa anche sotto pena della destituzione, oltre il risarcimento dei danni verso i creditori.

18. Il coniuge che imprende l'esercizio del commercio dopo il suo matrimonio deve fare la trasmissione anzidetta entro un mese dal giorno in cui ha cominciato tale esercizio, salve le sanzioni stabilite nel libro terzo.

19. La domanda di separazione di beni tra coniugi, uno dei quali sia commerciante, dev'essere pubblicata nei modi stabiliti nell'articolo 9.

Non può essere pronunciata sentenza sulla domanda di separazione, se non dopo un mese dalla suddetta pubblicazione. Anche la sentenza che ammette la separazione dev'essere pubblicata nei modi stessi entro un mese dalla sua data.

In mancanza della prescritta pubblicazione, i creditori per causa di commercio possono opporsi in qualunque tempo alla separazione pronunciata, per ciò che riguarda il loro interesse, e impugnare l'avvenuto soddisfacimento dei diritti della moglie. Possono inoltre esercitare l'azione accordata nell'articolo 1422 del Codice civile, quando la separazione sia fatta in frode dei loro diritti.

20. Gli articoli 16, 17 e 18 sono applicabili ai contratti di matrimonio, nei quali l'ascendente commerciante si obbliga per la restituzione della dote e delle ragioni dotali in favore della moglie del discendente.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Della definizione del commerciante e delle condizioni necessarie a costituire tale qualità. Ragione dell'essersi espressamente annoverate le società commerciali fra i commercianti.

2. Perchè non sia stata adottata la riforma dell'ordinamento giuridico dello stato dei commercianti, consistente nella istituzione del *Registro dei commercianti.*

3. L'età di diciotto anni non è requisito essenziale affinchè il minore emancipato per effetto del matrimonio possa essere autorizzato al commercio.

4. Facoltà ai minori commercianti di alienare senza autorizzazione i proprii beni immobili.

5. Miglioramenti nel sistema di pubblicità degli atti di autorizzazione all'esercizio del commercio, e della revoca dell'autorizzazione stessa.

6. Bisogno dell'autorizzazione al genitore ed al tutore per la continuazione del commercio nell'interesse del minore.

7. Dell'autorizzazione della donna maritata ad esercitare il commercio, e del caso in cui essa sia separata dal marito.

8. Autorizzazione speciale che le è necessaria per entrare in società commerciali assumendo responsabilità illimitata.

9. Della revocabilità dell'autorizzazione.

10. Ragione della pubblicazione delle convenzioni matrimoniali e della separazione dei beni.

11. Della separazione dei beni tra coniugi.

12. Proposta, non stata accettata, di determinare la durata dell'affissione della revoca dell'autorizzazione di cui nell'art. 15.

13. Degli atti singoli di commercio della moglie non commerciante.

14. Si conferma il concetto dell'intervento del Tribunale per l'autorizzazione alla moglie nei casi dell'art. 136 del Codice Civile.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. La definizione del *Commerciante*, contenuta nell'art. 1 del vigente Codice di Commercio Italiano, è letteralmente identica a quella scritta nell'art. 1 del Codice di Commercio Francese e negli altri che lo riprodussero, e non è sostanzialmente diversa dal con-

cetto espresso dall'antica scuola Italiana (1). « *Commercianti* sono quelli che esercitano atti di commercio, e ne fanno la loro professione abituale ».

Due sono quindi le condizioni necessarie a costituire la qualità di *Commerciante:*

1° L'esercizio degli atti di commercio,

2° La professione abituale di questo esercizio.

Rispetto alle prima condizione, il legislatore Belga nella recente revisione del Codice di Commercio la modificò, e la restrinse nel senso che siano *Commercianti* soltanto coloro che « esercitano atti qualificati commerciali dalla legge »; e fu dichiarato che lo scopo di tale modificazione era quello di rendere tassativa l'enumerazione legislativa degli atti di commercio (2).

Ma poichè, al cospetto delle incessanti e spontanee evoluzioni dei fenomeni della vita commerciale, sarebbe offendere la legittima libertà nell'ordine economico pretendere di circoscrivere il commercio in limiti insuperabili, e quindi nel nostro Progetto prevalse l'opposto principio di considerare l'enumerazione degli atti di commercio semplicemente dimostrativa e non limitativa, quella restrizione non poteva adottarsi, lasciando il magistrato giudice della qualità degli atti esercitati anche nei casi non frequenti in cui non risultassero esplicitamente compresi nella enumerazione legislativa.

Quanto alla seconda condizione, parve a taluno che la parola

(1) STRACCA (De mercat., pars 1, c. 1, n. 4, 23 e 26) — SCACCIA (De comm. et camb. Quaest. 12 e seg.) — ANSALDUS (De comm. et mercat. Disc. gen. n. 25 e seg.) — CASAREGIS (Disc. leg. de comm.; Disc 102, n. 25 e 198, n. 5). — Vedi inoltre MARQUARDUS (De Jure Mercat. L. 1, c. VII, n. 848) — DE HEVIA (Labyr. Comm. ter. et nav. L. 1, c. 1, n. 3, 16 e 19) — ALCIATUS (L. 66, D. de verb. signif.) — SIGONIUS (De antiq. jur. civ. rom. L. II, c. X); ecc. ecc.

(2) Annali Parlamentari del Belgio, Camera dei Deputati, anni 1869-1870, pag. 229 — Relazione di M. D'ANETAN, Documenti Parlamentari, Senato, anni 1869-1870, pag. 22 e 23 — NAMUR, Code de Commerce révisé, vol. I pag. 24 e 26.

professione fosse l'equivalente di *abitudine* (1), e che quindi richiedere una *professione abituale* fosse un inutile pleonasmo. Ma non è raro il caso di persone che assumono una *professione*, e tuttavia manca ad esse l'occasione o la volontà di farne un continuato esercizio, come d'altronde una semplice *abitudine* e ripetizione di atti non basta ad attribuire a chi li fa un vero e riconosciuto esercizio *professionale*, dacchè la *professione* esprime l'idea di un esercizio così frequente e consecutivo da costituire in certa guisa una speciale condizione di esistenza e di vita sociale (2).

Nel Progetto del Codice Francese erasi dapprima usata la formola *professione principale*; ma essendosi osservato dal Tribunato, che quella espressione poteva aprir la via alle frodi quando taluno volesse sottrarsi alle leggi speciali che reggono i commercianti, fu ad essa surrogata la frase *professione abituale*. Lo stabilire poi l'*abitualità* è quistione di fatto da lasciarsi al prudente apprezzamento del giudice (3).

La definizione del *Commerciante* data nel Codice Germanico (4) nella sostanza è conforme a quella del Codice Francese; ma esso riunisce in unico concetto le due condizioni necessarie a costituire la qualità di *Commerciante*, adoperando questa formola: « chiunque esercita per professione atti di commercio ».

Questo sistema di congiungere nella definizione del *Commer-*

(1) Beslay, Traité de droit commercial, tom. I, n. 70.

(2) Pardessus, Cours de droit commercial, tom. I, n. 78 — La Rota di Genova contentavasi della moltiplicità degli atti di commercio: « *Quem esse mercatorem demonstrat pluralitas negotiorum* » (Dec. 37, n. 13) — Più esatta è la nozione che fin da' suoi tempi ne forniva il Baldo: « *Una mercantia non facit mercatorem sed* professio *et* exercitium » (De Constituto n. 8).

(3) Cassaz. di Francia, 27 aprile 1841. — La giurisprudenza italiana è conforme.

(4) Se ivi è dichiarato « essere Commerciante *nel senso di quel Codice* chiunque esercita per professione atti di commercio », ciò ebbe a scopo di non pregiudicare l'influenza di altre leggi particolari dei singoli Stati della Germania, nelle quali fosse dato alla parola *Commerciante* un significato più o meno esteso per la loro applicazione (Von Hahn, Comm. Z. Allg. d. H. I. B., art. 1, § 1).

ciante in unico concetto il fatto dell'*esercizio* degli atti di commercio, ed il modo, consistente nella *professione abituale*, in seguito a mia proposta fu adottato nel Progetto preliminare (1), a fin di prevenire le frequenti qüistioni che si manifestarono circa il concorso del doppio requisito, secondo l'articolo 1 del Codice vigente.

Ma pur seguendo in questa parte l'esempio del Codice Germanico, parve conveniente conservare l'espressione *professione abituale*, non solo per le precedenti osservazioni, ma altresì per non modificare senza necessità una formola ormai usata dal principio del secolo in quasi tutte le Provincie Italiane, senza che intorno al suo significato siansi elevate difficoltà.

Seguendo parimenti l'esempio del Codice Germanico (2), si aggiunse nel Progetto preliminare, e si è mantenuta nel Progetto definitivo, l'espressa dichiarazione che annovera tra le persone commercianti le *Società Commerciali* (3). Ciò parve opportuno per metter fuori d'ogni dubbio la personalità giuridica delle società commerciali, negata invece alle semplici associazioni in partecipazione, e per dinotare che, costituite le società commerciali, le medesime fin dal momento della loro legale costituzione sono persone rivestite della qualità di commercianti, prima ancora e senza richiedere da parte di questi enti collettivi una pruova dell'esercizio abituale del commercio.

Nel Codice Germanico veggonsi benanche annoverate tra i commercianti le *Banche pubbliche*, e ve n'era bisogno per la specialità dell'esistenza in Germania di Banche costituite per operazioni non commerciali. Ma le *operazioni bancarie* essendo tutte considerate nel Codice italiano come atti di commercio (art. 2, n. 11°), non vi era necessità di menzionare le *Banche*, essendo indubitatamente *commercianti*.

(1) Verb. della Comm. 1869, n. 118.

(2) Cod. Germ.', art. 5 — Con la Legge Federale dell' 11 giugno 1870 furono parificate ai commercianti anche tutte le *Società per azioni*.

(3) Vedi le osservazioni della Camera di Commercio di Aquila. (Sunto, p. 25).

La definizione del *Commerciante* proposta nel Progetto preliminare fu quasi generalmente approvata (1); nè sembra fondato il timore espresso da una Facoltà di Giurisprudenza (Pisa), che alla formola *per professione abituale* possa attribuirsi un senso diverso da quello che è nella mente del legislatore, perciocchè nella nostra lingua l'uso della preposizione *per* è assai vario, ed è sovente usata avverbialmente per esprimere un determinato modo di essere o di operare. (Pag. 49 a 53).

2. Non posso tacere il desiderio da taluni manifestato (2) di una sostanziale riforma nell'ordinamento giuridico dello stato dei commercianti, e nel criterio attributivo di tale qualità, mediante l'istituzione di un *Registro de' Commercianti*, nel quale sia necessario trovarsi inscritto, per assumere legalmente codesta qualità.

Nel diritto moderno la qualità di commerciante, ove pur voglia prescindersi dagli effetti riguardanti la libertà personale (3), produce ben altre gravissime conseguenze, quanto alla giurisdizione, alla obbligazione dei condebitori, alle pruove giudiziarie ed al fallimento.

Perciò la determinazione dei mezzi, coi quali codesta qualità possa essere in ogni tempo riconosciuta, presenta una vitale importanza.

Di fronte al sistema del Codice vigente che ne desume l'esistenza dal concorso di elementi intrinseci, cioè dall'esercizio degli atti di commercio, e dalla professione abituale di essi, troviamo nel Progetto Svizzero (art. 1 e 2) un sistema affatto contrario, secondo il quale dovrebbesi reputar commerciante unicamente colui che trovasi inscritto come tale in un apposito Registro (4).

(1) Sunto delle Osservazioni e Pareri dei Magistrati ecc., pag. 25 e seg.

(2) Verb. della Comm. 1869, n. 51 — Sunto delle Osservazioni ecc., pag. 25 e seg.

(3) Nota aggiunta. — L'arresto personale per debiti fu abolito in Italia colla Legge del 6 dicembre 1877, come fu abolita in Francia colla Legge del 22 luglio 1867, nel Belgio colla Legge del 27 luglio 1871, in Austria colla Legge del 4 maggio 1866, in Germania colla Legge del 31 maggio 1868, in Inghilterra colla Legge del 9 agosto 1869 ecc.

(4) Qualche legislazione, p. es., il Codice Russo, L. I, Tit. I, art. 4 (V. Saint-Joseph, Concord. etc.) richiede che i commercianti siano abilitati per mezzo di una patente governativa.

Un sistema intermedio fa dipendere la qualità di commerciante dal doppio elemento dell'iscrizione in un Registro, e dell'abituale ed ordinario esercizio degli atti di commercio (1).

Il Codice Germanico ed il recente Ungherese si attengono al primo sistema; ma istituiscono un Registro delle firme mercantili, destinato all'accertamento ed alla pubblicità delle dichiarazioni emesse intorno a certi fatti o rapporti giuridici (2), che interessano lo stato dei commercianti.

Però secondo il Codice Germanico queste disposizioni non si applicano ai rivenduglioli, ai rigattieri, ed altri simili esercenti del minuto traffico o di piccole industrie; ed è inoltre riservata alle leggi dei singoli Stati la facoltà di determinare più specialmente le classi dei commercianti che non sono obbligati, ed anzi neppure hanno il diritto di inscriversi nel Registro di Commercio (3).

Tuttavia nessuna giuridica conseguenza è ordinariamente attri-

(1) Codice Spagnuolo, art. 1 e 17 — Codice Portoghese, art. 4 e 11 — Codice Brasiliano, art. 4 e 9 — Codice di Buenos-Ayres e dell' Uraguai, art. 1.

(2) Von Hahn, Op. cit. art. 12, § 1 — Le inscrizioni nel Registro di Commercio ordinate nel Codice Germanico riguardano le firme dei commercianti e dei loro stabilimenti e il cambiamento o l'estinzione delle Ditte (art. 19, 21. e 25), le procure commerciali e la loro revoca (art. 45), gli atti costitutivi delle Società e le successive modificazioni di essi (art. 86, 87, 115, 150-153, 155, 156, 176, 179, 198, 210, 212-214, 228 e 233), lo scioglimento e la liquidazione delle Società (art. 129, 135, 171, 172, 201, 203, 205, 243, 244, 247 e 248), e simili.

Secondo le leggi speciali di alcuni Stati, alle quali il Codice si rimette, è talora pur richiesta l'iscrizione di ogni dichiarazione di fallimento (Legge Austriaca del 17 dicembre 1862, § 14), dei contratti matrimoniali dei commercianti (Leg. cit. § 16 — Legge Prussiana art. 20), delle autorizzazioni all'esercizio del commercio e della revoca di esse (Brema, Legge d'attuazione, art. 4 — Baden, id., art. 7), e di ogni inabilitazione per cui un commerciante venga a perdere la capacità di disporre de' suoi beni (Würtemberg, Legge d'attuazione, art. 22).

(3) Di questa facoltà i varii Stati fecero largo uso, e, per esempio negli Stati Austriaci, tutti i commercianti che non pagano annualmente una certa somma a titolo d'imposte dirette erariali, sono esclusi dal Registro di Commercio (Legge Austriaca del 17 dicembre 1862, § 7).

buita alla mancanza d'inscrizione nel Registro di Commercio, ma solo è ordinato all'autorità giudiziaria di costringere gl'interessati, anche con pene disciplinari, ad eseguirla (1).

In appoggio del sistema adottato dal Progetto Svizzero fu detto (2), che il fatto materiale dell'inscrizione nel Registro può essere facilmente accertato, ed offre una base certa e sicura, la quale toglierà l'occasione di frequenti contestazioni, che si avvicendano nelle aule giudiziarie, e contribuirà efficacemente alla tranquillità del commercio.

Ma ciò non basta a compensare i gravissimi inconvenienti che da questo sistema possono derivare, nel caso cioè che la persona inscritta nel Registro non eserciti in fatto il commercio, od abbia cessato di esercitarlo, e nel caso che una persona, nel fatto commerciante, non abbia adempiuto all'obbligo dell'inscrizione.

Nel primo caso la soluzione proposta nel Progetto Svizzero è assolutamente contraria ai principii (3), non essendo esatto il dire (4) che la persona indebitamente inscritta nel registro debba imputare a sè stessa le conseguenze del fatto proprio, perchè se ciò vale per gli oneri (5), non potrebbe giustificare anche i vantaggi annessi alla qualità di Commerciante.

(1) Codice Germanico, art. 26 — Codice Ungherese, art. 21.

(2) MUNZINGER, Motifs du Projet du Code de Commerce Suisse (Zurich, 1865), pag. 23 e seguenti.

(3) « Qui in albo mercatorum descriptus est, nudum nomen consequitur, » necesse est enim ut mercaturae officium exerceat ut immunitatibus gau- » deat » (STRACCHA, De mercat. P. I, n. 10) — V. DE JORIO, La Giurispr. del Commerc. P. I, L. I, Tit. 14. — « Non sola matricula sed mercatura facit mercatorem » (MARQARDUS, De Jure mercat. L. I, C. VIII, n. 5) — « Licet » in *Corpore* naviculariorum quis sit, navem tamen non habeat.... non poterit » privilegio naviculariis indulto uti » (L. 5, § 6, D. 50, 6). — « Si mer- » cator mercaturae officium exercuit, et in albo mercatorum descriptus est, » sed nunc mercaturam exercere desistit, non ut mercator dicendus, adeo ut » privilegiis mercatoribus concessis uti possit » (STRACCHA, ibid. n. 65).

(4) MUNZINGER, Op. cit. pag. 25.

(5) « Delatio in album aut matriculam descriptio aliquem ad onera sub-

Nè giova meglio il sistema di quei codici, che richiedono il doppio elemento dell'iscrizione e dell'esercizio degli atti di commercio, rimanendo sempre con ciò aperto un largo campo a tutte le incertezze che devono risolversi secondo l'apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

È manifesto poi che neppure il sistema del Codice Germanico basta a togliere interamente le controversie riguardanti la qualità di commerciante, specialmente in tutti quei casi nei quali d'ordinario, anche sotto il regime della vigente legislazione Italiana e Francese, esse sorgono; allorquando cioè coloro che esercitano il commercio abbiano interesse di nascondere codesta qualità, allo scopo di non subirne gli effetti.

È dunque assai problematica l'utilità dell'accennata istituzione del Registro di Commercio, la quale è inoltre contraria alle moderne idee politiche ed economiche. Il concetto d'un *albo*, o di una *matricula mercatorum*, di cui si trovano le traccie nelle fonti dell'antico Diritto Commerciale Italiano (1), ridesta il ricordo delle antiche Corporazioni di arti e mestieri, che il progresso economico ha fortunatamente cancellato dalle moderne abitudini (2). Vedremo d'altronde come la pubblicità degli atti di autorizzazione all'esercizio del commercio (3), dei contratti matrimoniali de' commer-

» eundum arctat, quamvis parum in illo exercitio se exerceat » (STRACCHA, loc. cit. n. 50).

Anche secondo la legislazione vigente, il commerciante ha pesi ed obblighi, essendo egli soggetto ad una giurisdizione eccezionale, e ad obbligazioni speciali per la tenuta dei libri, per la denuncia delle convenzioni matrimoniali, per il fallimento e la bancarotta, e per le contribuzioni dovute alle Camere di Commercio, ecc. ecc.

(1) Vedi le note precedenti.

(2) « Inquirendum est an alicubi consuetudo sit ut mercatores sua habeant collegia, et in iis matriculas, quibus inserantur nomina mercantium, veluti in plerisque Germaniae civitatibus Anseaticis et maritimis id observatur..... Et in iis introductis consequens, neminem ad id genus mercimonii in civitate admitti, nisi nomen profiteatur et recipiatur ». MARQUARDUS, ibid. e L. III, cap. I, n. 5.

(3) Vedi gli art. 8, 12 e 14 del Progetto definitivo.

cianti (1), dei contratti ed atti sociali (2) e dei mandati commerciali (3), possa utilmente regolarsi in guisa, che corrisponda alle giuste esigenze della pratica, senz'uopo di recare al Codice di Commercio una innovazione radicale, intorno alla cui necessità, anche dopo i voti manifestati (4), non sono concordi le opinioni.

Si aggiunga che dovevano rendermi poco propenso ad accogliere nel Progetto definitivo una tale riforma i tentativi, più volte falliti, di far votare dal Parlamento un Progetto di legge, nel quale fosse ordinata la denuncia delle Ditte Commerciali alle Camere di Commercio (5). Quel Progetto di legge presentato nel 1869, in seguito alla iniziativa del Congresso delle Camere di Commercio riunite in Firenze nel 1867 (6), più volte riprodotto, ed anche votato dal Senato del Regno nella Sessione legislativa 1873-74, indi ripresentato nella tornata del 5 dicembre 1874, incontrò sempre repugnanze e difficoltà, quantunque anche nell'ultimo Congresso delle Camere di Commercio tenuto in Roma nel dicembre del 1875 ne sia stata invocata l'approvazione.

Quindi non ho creduto necessario nè utile di mutare radicalmente il sistema del Codice vigente su questo argomento, introducendo tuttavia larghi doveri di pubblicità, ed obbligatorie an-

(1) Vedi gli art. 15 e 18 del Progetto definitivo.

(2) Vedi gli art. 89, 90, 91, 170, 178, 216 del Progetto definitivo.

(3) Vedi l'art. 365 del Progetto definitivo.

(4) VIDARI, Corso di diritto commerciale, n. 104 e 168.

(5) Progetto n. 318 (Sess. 1867-69), present. il 15 giugno 1869 alla Camera dei Dep. dal Min. di Agr., Ind. e Com. (MINGHETTI). — Riprodotto, numero 71 (Sess. 1869-70), present. il 21 aprile alla Camera dei Deputati dal Min. di Agr., Ind. e Comm. (CASTAGNOLA). — Nuovamente riprodotto, n. 33 (Sess. 1870-71), present. li 9 dicembre 1870 alla Cam. dei Dep. dal Ministro suddetto. — Riprodotto ancora, numero 87 (Sess. 1873-74), present. li 27 gennaio 1874 al Senato dal Min. di Agr., Ind. e Comm. (FINALI). — Relazione (GRIFFINI) 7 marzo 1873. — Discusso ed approvato dal Senato il 20 dicembre 1873. — Riprodotto n. 26 (Sess. 1874-75), present. il 5 dicembre 1874 dal Min. di Agr., Ind. e Comm. (FINALI).

(6) Atti ufficiali del primo Congresso delle Camere di Commercio. — Programma n. 23 (Firenze, 1867).

notazioni in Registri speciali di tutti quegli atti della vita commerciale che più ne abbisognano, apprezzando con ciò la parte più importante de' cennati voti delle rappresentanze commerciali, e lasciando ad ogni modo che una legge speciale, maturamente studiata, introduca quelle modificazioni ulteriori che il Parlamento reputasse opportune (1). (Pag. 53 a 58).

3. Secondo il Codice Francese, il minore emancipato, che ha compiuti gli anni 18, può esercitare il commercio, ed essere reputato maggiore per le obbligazioni contratte per atti di commercio, purchè vi sia previamente autorizzato dal padre, dalla madre o dal Consiglio di famiglia, e purchè l'atto di autorizzazione sia registrato ed affisso presso il Tribunale di Commercio del luogo dove il minore intende stabilire il suo domicilio.

Nel Codice di Commercio subalpino del 1842 (2) fu eliminata, come inutile, la condizione che il minore debba avèr raggiunta l'età di anni 18, perchè, non essendo stata riprodotta nel Codice Civile Albertino la disposizione dell'art. 476 del Codice Civile Francese concernente l'emancipazione di diritto che deriva dal matrimonio, l'età suddetta era condizione essenziale tanto dell'emancipazione, che dell'abilitazione (3).

Nella riforma legislativa del 1865, l'art. 4 del Codice ora vigente fu messo in armonia colle disposizioni del nuovo Codice Civile intorno ai diritti delle persone (4); ma quantunque fosse in queste ristabilita l'emancipazione di diritto come effetto del matrimonio (5), tuttavia l'età di anni 18 essendo necessaria per

(1) La discussione su questo argomento è stata portata pure in Parlamento e fu risoluta nello stesso senso di cui sopra. Possono vedersi, al riguardo, la Relazione della Commissione del Senato del Regno, pag. 10 e 11, ed i Discorsi dei deputati Varè e Parpaglia, del ministro Mancini e del relatore deputato Pasquali, negli Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legisl. XIV, pag. 8396, 8421, 8501, 8502 e 8548. (Nota dell'A.).

(2) Codice di Commercio Albertino, art. 2.

(3) Codice Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, art. 238 e 353

(4 Verb. della Comm. 1865, n., 24, III.

(5) Codice Civile, art. 310.

l'uomo ad essere capace di contrarre matrimonio, salvo il caso eccezionale di dispensa, il requisito dell'età di anni 18 per esercitare il commercio non fu riprodotto, e l'art. 6 del Progetto preliminare era in questa parte conforme al Codice vigente.

L'esperienza di una non breve serie di anni ha dimostrato che nessun inconveniente può derivare da ciò che l'età di 18 anni non sia requisito essenziale, affinchè un minore, emancipato per effetto del matrimonio, possa essere autorizzato ad esercitare il commercio; e poichè, dove un'assoluta necessità non lo richiede, ogni limite alla libertà debba ritenersi illegittimo, io non ho creduto conveniente di ristabilire quel requisito (Pag. 58, 59 e 61).

4. Una importante innovazione fu introdotta nel Progetto preliminare, con cui ai minori commercianti venne accordata la facoltà di alienare i proprii beni immobili, senza bisogno delle formalità prescritte dal Codice Civile.

Secondo il Codice Francese, il minore commerciante per alienare beni immobili aveva bisogno del consenso del curatore e dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia o di tutela, omologata dal Tribunale (1). In ciò sono conformi le disposizioni del Codice Albertino (2), del Codice Italiano (3) e del Codice Belga (4).

Le Leggi di Eccezione del Regno delle Due Sicilie ed altri Codici (5) permettevano invece ai minori commercianti « di vendere i loro beni stabili senza alcuna delle formalità prescritte dal Codice civile » (6), e questo concetto fu adottato dal Progetto pre-

(1) Codice Francese, art. 6. — Con questa disposizione si troncò la quistione sollevatasi nel Consiglio di Stato tra i partigiani della protezione esagerata pei minori ed i seguaci della dottrina favorevole alla loro piena capacità. — Procès-verbaux de la discussion du Projet de Code de Commerce, t. I, pag. 109.

(2) Cod. di Comm. Albertino, art. 4.

(3) Codice vigente, art. 6.

(4) Codice Belga, art. 7.

(5) Il Codice del Brasile (art. 26) permette espressamente ai minori di alienare i loro beni immobili. I Codici Portoghese, di Buenos-Ayres e dell' Uraguay non contengono un espresso divieto.

(6) Leggi di Eccezione Napolitane, art. 7.

liminare, allo scopo di eliminare una specie di disarmonia che esisteva fra l'art. 6 del Codice vigente, che nega ai minori commercianti la facoltà di alienare beni immobili, e l'art. 9, che accorda tale facoltà alla donna maritata commerciante.

Fu osservato altresì, che quella restrizione ritraeva un po'troppo delle idee, che dominavano in altri tempi, intorno alla privilegiata importanza della proprietà immobiliare, in confronto della proprietà mobiliare, idee oggi modificate per le mutate condizioni economiche delle moderne società e per lo straordinario svolgimento conseguito dalla proprietà mobiliare (1).

Non vi è quindi ragione sufficiente per la quale il minore commerciante, che può liberamente disporre di ingenti somme in valori mobiliari, debba dipendere da una autorizzazione per alienare la più meschina proprietà immobiliare. Perciò alcuna delle Camere di Commercio (Brescia) applaudì a questa innovazione, reputandola richiesta dalla convenienza di far cessare una specie di antinomia tra la condizione fatta a tal riguardo al minore ed alla donna maritata nell'esercizio del commercio (Pag. 59 a 61).

5. Parvemi invece che il sistema di pubblicità degli atti di autorizzazione all'esercizio del commercio e della revoca della concessa autorizzazione potesse essere utilmente migliorato, sia col regolare espressamente presso i Tribunali di Commercio l'istituzione di un Registro destinato alla trascrizione di questi atti, sia col prescrivere la loro contemporanea affissione non solo nell'Albo Pretorio, ma anche nella sala comunale e nei locali della Borsa; sia finalmente coll'impedire lo smarrimento delle pruove dell'avvenuta affissione, imponendone la custodia al Cancelliere. Nessuno ignora infatti, quanto poco efficace a produrre una ragionevole pubblicità sia nella pratica l'affissione per un anno ordinata dal Codice vigente, e quanto sia difficile di raccogliere, dopo un certo tempo, le pruove del regolare adempimento delle prescrizioni del Codice stesso, qualora intorno a tale adempimento possa nascere quistione (Pag. 61).

(1) Verb. della Comm. 1869, n. 149.

6. Reputai del pari necessario di riempiere una lacuna che lasciò più volte incerta la giurisprudenza, allorchè si tratta di conoscere se il genitore od il tutore possano di propria autorità prendere la risoluzione, feconda di gravi conseguenze, di continuare nello interesse di un minorenne soggetto alla patria potestà od a tutela, l'esercizio di un commercio, il quale per eredità od in altro modo sia venuto a formar parte del di lui patrimonio. E non dubito che, in considerazione appunto delle pericolose eventualità cui viene ad esporsi il minore nell' esercizio del commercio, anche in tali casi sia utile richiedere una autorizzazione nei modi stabiliti nel Codice Civile (Pag. 61 e 62).

7. Affinchè la donna maritata possa esercitare il commercio, il Codice vigente, in ciò conforme al Codice Francese ed al Codice Albertino, richiede il consenso del marito; ma, seguendo l'esempio delle Leggi di Eccezione per il Regno delle Due Sicile, dichiara inoltre che questo consenso può essere *espresso* o *tacito*, ciocchè era implicitamente ammesso nel Codice Francese, ed inoltre, adottando i concordi risultamenti della giurisprudenza, stabilisce in quali casi il consenso del marito sia presunto, ciò che costituisce una quistione di fatto, rimessa sempre al libero apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

In aggiunta alle disposizioni del Codice Francese, il Codice Italiano prescrive che la moglie, per esercitare il commercio, deve ottenere l'autorizzazione del Tribunale, quando il marito sia in età minore, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena, e quando, essendo legalmente separata, il marito ricusi di darle il consenso.

Però, anche secondo il Codice Francese, la donna maritata non è reputata commerciante, se vende al minuto le merci del traffico del marito; in tal caso essa è *uxor mercatoris*, non *foemina mercatrix*, e si considera come un institore o un preposto al commercio del marito.

Nel Progetto preliminare furono adottate in sostanza le massime scritte nel Codice vigente: fu soltanto modificato, dietro mia proposta, l'ultimo capoverso dell'art. 7, concernente l'autorizzazione

del Tribunale. Quella disposizione non era infatti in armonia col sistema adottato negli art. 135 e 136 del Codice Civile, nei quali l'istituto dell'autorizzazione maritale fu conservato per sola deferenza all'autorità del marito nell'interesse dell'armonia interna e del buon ordine della famiglia. Perciò anche nel caso indicato nel n. 2° dell'art. 135, quando, cioè, la moglie sia legalmente separata per colpa del marito, diviene logicamente necessario ch'essa sia esonerata dall'obbligo di chiedere l'autorizzazione maritale. Si dichiarò quindi che, nei casi accennati nei numeri 1° e 2° deldall'art. 135 del Codice Civile, non è necessaria l'autorizzazione maritale alla moglie maggiorenne, salvo l'obbligo di ottenere la autorizzazione del Tribunale nei casi espressi nel seguente articolo 136.

Fu poscia sollevato il dubbio (1) se, mentre il Progetto preliminare non richiede nè l'autorizzazione del marito, nè quella del Tribunale, affinchè la moglie separata per colpa del marito possa esercitare il commercio, nel caso invece in cui si tratti di separazione avvenuta per colpa della moglie o di entrambi i coniugi, o per mutuo consenso, sia conveniente richiedere l'autorizzazione del Tribunale. Se il fondamento dell'autorizzazione maritale è riposto nel principio della supremazia domestica per la concordia della famiglia, si è preteso che la necessità di essa dovrebbesi logicamente reputare cessata in ogni caso di separazione, e quindi ogni differenza fra le varie cause di separazione dovrebbe essere tolta. Ma non è malagevole dissipare codesta obbiezione. Innanzi tutto è canone di diritto, che nessuno può trarre vantaggio dal proprio fatto illegittimo, e quindi non sarebbe giusto che la moglie, la quale abbia per propria colpa dato causa alla separazione, dovesse col mezzo di questa procacciarsi una maggiore libertà di azione nell'amministrazione del suo patrimonio. Nei casi poi di separazione avvenuta per colpa di entrambi i coniugi, o per mutuo

(1) De Gioannis Gianquinto, Osserv. al Prog. prelim. per la riforma del Cod. di Comm. (Annali della Giurispr. Ital., vol. viii, p. iii, pag. 25 e seg.). — Sunto delle Osservaz., ecc., pag. 29 e seg.

consenso, nulla dimostra la necessità di una deviazione dai principii generali di già affermati nel Codice Civile per regolare la capacità delle persone. In omagggio a' quali principii, e per ristabilire l'armonia fra i due Codici, se fu necessario di modificare l'art. 7 del vigente Codice di Commercio, che rendeva peggiore la condizione della donna maritata, la quale, nei casi contemplati nell'art. 135 del Codice Civile, è affatto indipendente in qualunque specie di affari, tuttavia non parve meritare accoglimento la proposta di una modificazione ulteriore (Pag. 62 a 65).

8. Si è disputato nella dottrina e nella giurisprudenza, se, allorquando la moglie è autorizzata legalmente ad esercitare il commercio, tale autorizzazione basti, affinchè essa abbia anche la facoltà di unirsi in società con altri, senza un'autorizzazione speciale. Da un lato si osserva, che un'autorizzazione generale ad esercitare il commercio comprende la facoltà di fare tutti gli atti utili e necessari al commercio per cui è data, e di contrarre tutte le obbligazioni che ne dipendono, e perciò di prestare il consenso per la formazione di società commerciali. Ma in senso opposto può considerarsi, che se il divenir socio di una società anonima mercè l'acquisto di azioni, ed anche commanditante in una società in accomandita, esponendo in una operazione commerciale un determinato capitale sotto forma di azioni o di quote sociali, può reputarsi come un atto ordinario di commercio, e quindi non vi è ragione a richiedere una seconda autorizzazione speciale; ben diversa è la condizione del socio in nome collettivo, o del gerente di un'accomandita, ed in generale di coloro che entrino in società assumendo una responsabilità illimitata. Il marito nel determinarsi a dare l'autorizzazione, ebbe certamente riguardo all'estensione del patrimonio della moglie ed alla qualità dell'industria che essa proponevasi di esercitare. Tutti questi elementi di calcolo vengono alterati, se la moglie contraendo una società si obbliga di operare d'accordo con altri, ed espone sè stessa e la famiglia ad una responsabilità tanto più grave, quanto maggiore può essere la sfera e l'entità delle operazioni commerciali. D'altronde, come si vedrà, l'autorizzazione è sempre revocabile; ma

tale prerogativa del marito non potrebbe essere liberamente ed efficacemente esercitata di fronte ai diritti derivanti a favore degli altri soci da un contratto di società (1). Infine non si può prescindere da considerazioni d'interesse morale, le quali non permettono che il marito vegga con indifferenza la propria moglie congiungersi con qualunque specie di persone in alcune troppo intime relazioni di società, le quali furono sempre risguardate anche come un vincolo di reciproca benevolenza e consuetudine. Il dubbio essendo gravissimo, mi parve opportuno di risolverlo nell'ultimo capoverso dell'art. 13 del Progetto definitivo, movendo dal concetto, che secondo la natura delle cose e la condizione attuale del commercio, è necessario distinguere se prendasi parte in una società con responsabilità illimitata, o si partecipi con un limitato interesse in un'operazione sociale. Nel primo caso le riferite ragioni presentano una vitale importanza, mentre nel secondo il divieto sarebbe un inutile rigore, poco conciliabile con gli ordinarii effetti di un'ampia e generica autorizzazione accordata alla moglie di esercitare in qualunque forma il commercio (Pag. 65 e 66).

9. Il Codice vigente ha saviamente colmata una lacuna del Codice Francese, dichiarando che l'autorizzazione accordata ai minori, ed il consenso prestato alla donna maritata, possono essere in ogni tempo rivocati, e disponendo che in tal caso essi siano incapaci di esercitare il commercio, per il principio di diritto: « Quodcumque eo modo dissolvitur, quo colligatum est ».

Però la revoca non può mai pregiudicare i diritti acquistati dai

(1) Veggansi in questo senso: Delangle, Delle società di commercio, n. 56. — Pardessus, Trattato, n. 66. — Devilleneuve et Massé, Dizionario, V. Donna maritata, n. 8. — Bedarride, Soc. comm., n. 127. — Dalloz, Rép., V. Commerçant, n. 210 e Société, n. 70. — Corte di Parigi 9 marzo 1857 (Sirey, 1859, 2, 501). — Corte di Cassazione Francese 9 novembre 1859 (Sirey, 1860, 1, 74 e Dalloz, 1860, 1, 87).

In senso contrario: Massé, Droit comm. ecc., n. 1121. — Massé et Vergé, sur Zachariae, vol. I, § 174, nota 26. — Alianelli, Inst. di dir. comm., Lib. I, Tit. I, n. 88, pag. 121. — Vidari, Corso di diritto commerciale, n. 148.

terzi, neppure per le operazioni in corso di negoziazione, perchè i terzi non possono indovinare il cambiamento di volontà avvenuto, ed altrimenti si aprirebbe il varco alle frodi (1) (Pag. 67 e 68).

10. Nell'interesse del credito e per tutelare la buona fede dei terzi contro le sorprese della frode, la legge impone la pubblicazione delle convenzioni matrimoniali e della separazione dei beni, quando avesse luogo; così i terzi, conoscendo a quali condizioni sia stato contratto il matrimonio, potranno estendere o diminuire la loro fiducia verso il coniuge commerciante, per evitare perdite irreparabili in caso di fallimento (Pag. 68).

11. La separazione dei beni fra' coniugi è regolata dalle disposizioni del Codice Civile (2). Il Codice di Commercio si limita a prescrivere (3) in qual modo la domanda di separazione e la sentenza che la ammette debbano essere pubblicate, a guarentigia dell'interesse dei terzi, qualora uno dei coniugi sia commerciante.

I diritti dei creditori del marito sono enunciati nell'Art. 1422 del Codice Civile, e perciò la disposizione del secondo capoverso dell'art. 14 del Codice di Commercio vigente non può avere altro scopo che quello di dichiarare, che i creditori commerciali hanno facoltà di opporsi *in qualunque tempo* alla separazione (Pag. 66 e 67).

Commissione del 1869.

12. Il prof. VIDARI propose che si determinasse il periodo di tempo per il quale deve durare l'affissione dell'atto di revoca dell'autorizzazione; la quale proposta venne poi nella discussione allargata all'affissione anche dell'atto con cui si accorda l'autorizzazione medesima.

(1) BRAVARD, Manuel de droit comm., vol. I, pag. 110. — LOCRÉ, Esprit du Code de Comm., sull'art. 4. — PARDESSUS, Droit comm., n. 64. — MASSÉ, Le droit comm. en rapport ecc., tom. III, n. 171. — CUBAIN, Traité des droits des femmes, n. 587.

(2) Codice Civile, art. 1418 e seg.

(3) Cod. Francese, art. 65. — Cod. Albert., art. 15. — Leggi di Ecces. delle Due Sicilie, art. 688 e 689. — Cod. vig., art. 14.

A tale proposta si oppose il PRESIDENTE facendo osservare, che inutile riesce la determinazione del tempo per cui deve durare l'affissione, mentre incontrastabilmente dal momento della pubblicazione della revoca o della dichiarazione del marito, la donna maritata ed il minore cessano di potere esercitare la mercatura.

Una determinazione di tempo per la durata dell'affissione, dice egli, non vale che a far dubitare se la cessazione dell'esercizio della mercatura si avveri giuridicamente al momento della pubblicazione della dichiarazione, ovvero allo spirare del tempo determinato per la durata della pubblicazione medesima; ciò che potrebbe dar luogo a contestazioni ed a contraddizioni specialmente col disposto del Codice di Procedura Civile.

Risulta infatti dall'art. 844 del Codice di Procedura Civile che la sentenza, la quale dichiara interdetto un individuo, deve essere pubblicata mediante affissione, eppure non è determinato il tempo per cui tale affissione deve durare. Epperò se un tempo non è determinato per la pubblicità dell'interdizione, per argomento a *fortiori* non può essere determinato alcun tempo per le pubblicazioni di cui si tratta.

D'altronde gli art. 551, 631 e 719 del Codice di Commercio (del 1865) forniscono altri esempi della stessa natura, ed offrono più valido argomento a che debba respingersi la proposta determinazione del tempo.

A tali osservazioni fanno eco il comm. BRUZZO, il cons. SELLENATI ed il prof. CARNAZZA-PUGLISI, aggiungendo che nella pratica la mancanza di tale determinazione di tempo non ha mai fatto sorgere dubbi, nè dato luogo a contestazioni, sicchè inutile o dannosa riesce l'introduzione di una nuova disposizione.

Il dott. LAMPERTICO, riconoscendo insieme al prof. VIDARI la verità del principio che la capacità all'esercizio della mercatura si acquista o si perde dal minore e dalla donna maritata al momento che l'autorizzazione o la revoca è stata pubblicata, senza tener conto del tempo determinato o determinabile per la durata di tale pubblicazione, fa osservare che però l'affissione voluta

dalla legge potrebbe essere frustrata con l'affissione di un momento. Perciò, dividendo l'opinione del prof. VIDARI, propone che un termine, anche brevissimo, sia determinato per la durata dell'affissione con la espressa dichiarazione che gli effetti della revoca, come gli effetti dell'autorizzazione, comincianọ sempre a decorrerẹ dal primo momento della pubblicazione.

Il comm. CORSI, tuttochè abbia poca fiducia nella pubblicità per mezzo dell'affissione, pure appoggia la proposta del professore VIDARI.

Ma le osservazioni del prof. VIDARI e degli altri che sostennero la sua proposta, incontrano l'opposizione del PRESIDENTE e della maggioranza della Commissione, la quale considera senza importanza la disposizione che si vorrebbe aggiungere, perchè, quando pure un termine fosse prescritto, non potendo perciò derivarne, secondo l'opinione unanime di tutti i membri della Commissione, che l'autorizzazione o la revoca si possa tenere come non avverata se la affissione non è durata per il tempo prestabilito, null'altro sarebbesi fatto che introdurre una disposizione senza scopo, o tutto al più diretta a determinare una maggiore responsabilità nel Cancelliere (Verb., n. 153).

13. Relativamente all'art. 14, la Sotto-Commissione aveva proposto un'aggiunta nei seguenti termini: « La moglie non commerciante può obbligarsi con atti singoli di commercio, purchè autorizzata dal marito, quando l'autorizzazione sarebbe richiesta per un simile atto civile »; ma considerando che allo scopo dell'aggiunta provvede a sufficienza l'art. 134 del Codice Civile, combinato cogli art. 7 e seg. del Codice di Commercio (del 1865, corrispondenti agli art. 13 e seg. di questo), la Commissione delibera di non inserirlo, perchè superflua (Verb., n. 148).

Commissione di coordinamento.

14. Sull'art. 13, il Presidente (GIANNUZZI-SAVELLI) teme che sia troppo generico il riferimento all'art. 136 del Codice Civile, e che possa dar luogo al dubbio se il Tribunale, contro la volontà

del marito, possa accordare alla moglie l'autorizzazioue all'esercizio del commercio, giacchè con ciò gli sembra che in cose di tanta gravità per l'ordine interno della famiglia, potrebbe non parere opportuno che l'autorità del capo di essa fosse argomento di discussione nei Tribunali.

Gli onorevoli Tajani e Varè ed il prof. Vidari osservano che questo sistema è conforme allo spirito della legislazione civile, e che tale fu appunto il pensiero della Sotto-Commissione nell'approvare l'art. 12 del Codice (divenuto 13).

La Commissione delibera di conservare l'articolo (Verb., n. 8).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Elementi che costituiscono la qualità di commerciante. Cosa s'intenda per professione abituale.

2. La quistione intorno la qualità di commerciante si decompone in quistione di diritto e di fatto. La qualità stessa può verificarsi anche in concorso di altre professioni ed arti.

3. Giuridicamente non vi ha differenza nelle denominazioni di *commercianti, negozianti, mercanti* e *fabbricanti*. Non sono però commercianti gli artigiani e gli artefici, nè coloro che facciano traffico molto limitato.

4. Se siano commercianti i membri delle società commerciali.

5. Rinvio per la quistione se lo siano i farmacisti, e per altre quistioni simili.

6. Della qualità di commerciante in relazione all'institore ed al preponente.

7. Della prova della qualità di commerciante, e dei mezzi e degli argomenti che servono a stabilirla o ad escluderla.

8. Se la sentenza che dichiara la qualità di commerciante faccia stato anche rispetto ai terzi.

9. Regola ed eccezioni rispetto alla facoltà di commerciare. Incapacità, interdizioni ed incompatibilità. Sanzione di esse; e se coloro che ne sono colpiti possano essere commercianti.

10. Non possono essere considerati commercianti coloro che per cagione di lucro facciano professione abituale di convenzioni illecite e contrarie ai buoni costumi ed all'ordine pubblico.

11. Incapacità per regola generale dei minori a fare atti di commercio e ad assumere la qualità di commercianti: condizioni alle quali ciò si rende loro possibile: emancipazione: autorizzazione all'esercizio del commercio: registrazione ed affissione dei relativi atti.

12. L'esercizio della facoltà dell'autorizzazione è lasciata al prudente arbitrio di chi ne è investito: forme solenni e precise di essa, e delle relative pubblicazioni.

13. Poteri del Pretore in ordine alla constatazione dei motivi, per i quali il padre non possa esercitare la patria podestà, e non possa quindi dare l'autorizzazione al commercio.

14. L'autorizzazione al minore deve essere espressa: può essere generale, o speciale per un determinato commercio.

15. Facoltà che spettano al minore autorizzato al commercio. Può specialmente stare in giudizio, compromettere, prestare fidejussione per atti relativi al suo commercio e contro compenso. *Quid* del contrarre società in generale, e società in ispecie col genitore, dal quale sia stato emancipato?

16. Per gli atti diversi da quelli di commercio, il minore emancipato ed autorizzato ai medesimi rimane nella sua condizione d'incapacità agli atti eccedenti la semplice amministrazione, salva la facoltà d'ipotecare e di alienare i suoi beni immobili.

17. La presunzione *juris* di commercialità dei contratti e delle obbligazioni dei commercianti si applica anche ai minori commercianti.

18. Il difetto o la irregolarità anche di una sola delle condizioni stabilite per abilitare il minore al commercio, rendono nulle le sue obbligazioni di nullità relativa, opponibile da lui e dai suoi rappresentanti, eredi ed aventi causa. Cosa s'intenda per questi ultimi. Eccezioni alla detta regola della nullità.

19. Atti di commercio stipulati da un terzo pel minore, promettendo il di lui fatto.

20. L'adempimento delle condizioni stabilite per abilitare il minore al commercio, od a singoli suoi atti, deve averli preceduti.

21. La facoltà accordata ai minori commercianti di ipotecare ed alienare i loro beni immobili, è indipendente dall'uso che facciano del denaro ricavatone.

22. Autorizzazioni di cui hanno bisogno il genitore investito della patria podestà ed il tutore per continuare l'esercizio del commercio nell'interesse dei minori. Eccezione nel caso di relativo obbligo contratto dall'autore. Se le autorizzazioni stesse siano necessarie per i commerci in esercizio all'attuazione di questo Codice.

23. Ragione del consenso maritale affinchè la moglie possa essere commerciante. Del consenso tacito. Il consenso espresso può essere circoscritto in determinati limiti. Consenso per atti singoli di commercio.

24. Casi nei quali la donna maritata non ha bisogno del consenso del marito, e casi in cui ha bisogno dell'autorizzazione giudiziale.

25. In quale senso debba intendersi l'*assenza* del marito, che costituisce uno dei casi in cui la sua autorizzazione non è necessaria.

26. In quale l'*opposizione d'interesse* fra marito e moglie, che è altro dei detti casi.

27. L'autorizzazione della donna maritata è governata dalla legge nazionale del marito.

28. Forma dell'autorizzazione giudiziale alla stessa donna maritata.

29. Dell'autorizzazione della donna maritata che sia minore.

30. Vendita da parte della moglie delle merci del traffico del marito.

31. Facoltà spettanti alla donna maritata commerciante. Presunzione di commercialità dei suoi atti. Eccezioni alla pienezza di dette facoltà. Della società con terze persone e col marito.

32. Se il marito sia tenuto per le obbligazioni commerciali della moglie, specialmente quando abbia profittato degli utili.

33. Nullità relativa degli atti di commercio della donna maritata senza autorizzazione: atti stipulati per essa da un terzo, promettendo il suo fatto: autorizzazione posteriore all'atto: rinvio.

34. Ragione della facoltà, sancita nell'art. 15, di revocare l'autorizzazione data al minore ed alla donna maritata. La revocazione deve essere diretta.

35. La facoltà stessa spetta al marito, anche nel caso di commercio precedente al matrimonio; come pure nel caso di autorizzazione data dal Tribunale, quando sia cessata la ragione per cui il marito non potè dare il consenso.

36. Dell'esercizio della facoltà data al Tribunale Civile di approvare, ovvero no, la revoca dell'autorizzazione, e del procedimento relativo. I terzi non hanno diritto d'intervenirvi. La sentenza del Tribunale è appellabile.

37. Pubblicità imposta per la revoca dell'autorizzazione. Degli atti di commercio compiuti non ostante la intervenuta revoca.

38. Cosa s'intenda per *operazioni in corso*, di cui nell'ultimo capoverso dell'art. 15.

39. Come debba provvedersi all'effettiva cessazione del commercio dopo la revoca dell'autorizzazione.

40. Scopo del sistema di pubblicità stabilito dagli art. 16 a 20.

41. Indicazioni che deve contenere l'estratto del contratto di matrimonio.

42. Sanzioni a carico del notaio e delle parti per l'inadempimento delle condizioni di pubblicità volute dai detti articoli.

43. Delle domande di separazione di beni fra coniugi, uno dei quali sia commerciante: pubblicazioni relative e loro scopo: sanzioni, e maggiori diritti dei creditori per titolo di commercio in confronto dei creditori per titoli civili.

1. La qualità di commerciante si verifica quanto alle persone fisiche mediante il concorso del doppio elemento, dello *esercizio degli atti di commercio*, e del fare dell'esercizio medesimo l'*abituale professione*; e quanto agli enti collettivi creati per l'esercizio del commercio, la qualità medesima è loro senz'altro impressa da questo scopo appunto della loro creazione.

Quali atti siano dalla legge reputati *di commercio*, e quali no, è detto in modo dimostrativo negli art. 3, 4, 5 e 6 sovra commentati; e per *professione abituale* s'intende, come si legge nella Relazione Ministeriale al Senato, un esercizio così frequente e consecutivo, da costituire in certa guisa una speciale condizione di esistenza e di vita sociale (1), od in altri termini un esercizio di atti di commercio diuturno e continuo, da costituire l'ordinaria occupazione di colui che vi si dedica (2), e nel senso però non di una non interrotta continuità, ma della disposizione a detto esercizio e dell'esercizio stesso effettivo ogni volta che se ne presenti l'occasione (3), e sempre, ben inteso, a fin di lucro; e s'intende tanto che nella compilazione del Codice di Commercio Albertino avendo il Senato di Savoia proposto che al primo suo articolo si aggiungesse una frase esprimente questo concetto, la Commissione di legislazione respinse la proposta come superflua, per trattarsi di cosa per sè stessa evidente (4).

Perciò non sarebbe da considerarsi commerciante colui che facesse abitualmente atti di commercio, non per iscopo di lucro, ma per i suoi privati bisogni; il che, per esempio, accadrebbe quando taluno per ricevere le proprie rendite, per provvedere ai bisogni della famiglia, per pagare gli oggetti di suo personale uso e si-

(1) Su questi articoli, I, n. 1.

(2) Cassaz. Torino 14 marzo 1877, Banco del commercio Monzese contro Tizzoni.

(3) App. Venezia 14 giugno 1879, fallimento Sandri c. Sandri, e 14 ottobre 1879, Bancan c. Aga.

(4) Risposte della Regia Commissione di legislazione alle Osservazioni dei Senati ecc. sul Progetto del Codice di Commercio, pag. 8 e 9.

mili, fosse solito di trarre o girare lettere di cambio (1). Quanto agli assegni bancari o *checks*, che hanno preso oramai sì grande sviluppo anche negli affari civili, la legge vi provvede nel capoverso dell'art. 6, dichiarando che essi, al pari del conto corrente, non sono atti di commercio rispetto alle persone non commercianti, se non hanno causa commerciale; per modo che non potrebbero, per quanto l'uso ne fosse moltiplicato, dare luogo per essi soli nemmeno al dubbio che chi li adopera sia commerciante.

La qualità di commerciante poi, come in generale la determinazione dello stato e della condizione delle persone, dipende essenzialmente dal concorso delle circostanze e dei requisiti a tale uopo voluti dalle leggi, ed in difetto di tale concorso la volontà dell'uomo è impotente ad attribuirla (2).

2. La quistione se taluno sia commerciante, ovvero non lo sia, si presenta il più delle volte allorquando quegli che è supposto tale viene evocato in giudizio per l'adempimento delle sue obbligazioni davanti la giurisdizione commerciale, od allorquando i creditori ne provochino il fallimento, nei quali casi si vede il debitore contestare la sua qualità di commerciante; e la quistione medesima si presenta pur talvolta allorquando il debitore stesso voglia ricorrere al fallimento per profittare dei vantaggi di un concordato, attesa l'abolizione dell'istituto della cessione dei beni; ed in tale caso sono i creditori che cercano di spogliare il debitore dell'assunta qualità di commerciante, per impedirgli di usurpare la protezione che la legge accorda al commerciante sventurato.

Tale quistione si decompone in una quistione di diritto, se cioè gli atti esercitati siano di commercio (3), ed in una quistione di

(1) PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 79; App. Genova 21 nov. 1859, Ricci c. Pittaluga, e 30 agosto 1861, Bellucci c. Ansaldo; App. Torino 19 dicembre 1863, Demorri c. Negri.

(2) Ruota civile di Firenze 30 settembre 1825, Graziosi c. Baroni (Gazz. Trib. Firenze, 1861, n. 28), e Trib. III. Istanza per la Lombardia.... 1861, Fortis c. Redaelli (Bettini, 1861, 2, 700); App. Perugia 9 marzo 1870, Faustini c. Antony Auboyet e C.

(3) Sugli art. 3 a 7, II, n. 4.

fatto, se cioè gli atti stessi siano tali da costituire l'abituale professione; e quest'ultima è questione di fatto, perchè la legge non ha definito l'abituale professione, ed è indagine appunto di fatto il vedere se gli atti di commercio che furono compiuti siano stati abbastanza continuati, perseveranti e moltiplici da costituire, come si è detto, l'occupazione ordinaria ed una speciale condizione di esistenza e di vita sociale: per ciò appunto il relativo giudizio è incensurabile in cassazione (1).

Naturalmente poi, e secondo i principii, l'onere della prova dell'abitualità del commercio incumbe a quegli che invoca la qualità di commerciante (2).

Venne a ragione giudicato che anche una sola impresa può costituire la qualità di commerciante, quando essa sia tale da avere per oggetto una grandiosa speculazione, che renda necessari moltiplici atti di commercio, come in quella specie era l'impresa del trasbordo e scarico dei carboni nel porto di Genova (3).

L'abituale esercizio di atti di commercio attribuisce la qualità di commerciante anche in concorso dell'esercizio di altre professioni od arti, e per esempio a chi sia impiegato dello Stato, dottore in medicina, ingegnere o notaio, a chi sia usciere, a chi sia commesso di negozio (4), e fu pure giudicato che anche le persone ecclesiastiche devono ritenersi come commercianti se per professione abituale esercitano atti di commercio, perchè in quanto concerne

(1) Cassaz. Torino 3 agosto 1866, Ripert c. Sauthier; Cassaz. Napoli 13 aprile 1869, Romano c. Labonia; Cassaz. Francese 27 aprile 1841, Eynard.

(2) Cassaz. Torino 11 giugno 1873, Caratti c. Banco Sconto e Sete.

(3) App. Lucca 23 dicembre 1863, Pietri c. Romei ed altri.

(4) Parodi, Lez. di dir. comm., I, 25; Carnazza-Puglisi, Dir. comm., I, 25; Dalloz, Rép. V. Commerçant, n. 86 e seg.; App. Genova 12 gennaio 1849, Gatti c. Cerutti e 30 dicembre 1850, Battilana c. Anselmi; Rota Romana 7 luglio 1862, Azimati c. Boezi; App. Lucca 1 febbraio 1864, Roberton c. Gattai; Cassaz. Torino 3 agosto 1866, succitata e 14 marzo 1877 pure succitata; App. Ancona 23 maggio 1874, Parini c. Lemesurier; Cassaz. francese 28 maggio 1828, Garet, e 9 agosto 1849, Testart c. Debuchy; App. Bordeaux 9 dicembre 1828, Goulmain; App. Parigi 4 gennaio 1853, Gilbert c. Plotel, ecc.

la vita civile e sociale non sono diversi dagli altri cittadini (1), e può accadere ed accade che non si uniformino al precetto « ne clerici vel monachi secularibus negotiis se immisceant » (2); e si fu per eliminare ogni dubbio al riguardo del concorso di altre professioni od arti, che in seguito ad analoga osservazione del Tribunato, nell'articolo del Codice Francese corrispondente al nostro venne sostituita l'espressione professione *abituale* a quella di professione *principale*, che era stata adoperata nella prima redazione, affine di impedire che presentando un'altra professione od arte siccome *principale*, taluno cercasse di sfuggire alle sanzioni delle leggi commerciali contro il commerciante (3).

3. Giuridicamente non vi ha differenza nelle denominazioni di *commercianti*, *negozianti* e *mercanti*, che si danno a coloro i quali si occupano di vendere o dare in locazione le derrate o le merci che comprano, senza cangiarne la forma, e di *fabbricanti*, che viene attribuito a quelli che danno alle derrate ed alle merci una forma e talora quasi una natura diversa.

Lo stesso però non deve dirsi della denominazioue di *artefici* e di *artigiani* (4), che si dà a coloro i quali o da soli, od anche con qualche operaio da essi dipendente, lavorano nell'arte loro, ed acquistando la materia prima confezionano oggetti che consegnano subito o quasi subito ai consumatori od ai negozianti, ed il cui lavoro ha maggior valore della materia che acquistano.

Costoro addivenendo alle provviste degli utensili e delle materie prime che loro sono necessarie ed alla vendita dei loro prodotti, non fanno tampoco atti di commercio, come si è detto su-

(1) App. Casale 9 aprile 1874, Vigna c. Biroli.

(2) Nov. 123, capo 6.

(3) Locré, Legislat. civ. comm. etc., tom. 17, xiv, 1, pag. 299.

(4) L'artefice esercita un'arte meccanica, ma con più intelligenza e con men servile lavoro dell'artigiano. L'artigiano è il semplice esecutore di lavori meccanici, come segare, murare, ecc. Un orefice, un oriuolaio sono artefici più che artigiani. . . . L'artefice congegna, compone, ordina, abbellisce, inventa: l'artigiano affatica, affachina. — Tommaseo, Sinonimi.

periormente (1); e tanto meno possono essere qualificati commercianti ed essere come tali assoggettati ai varii obblighi che le leggi impongono a chi riveste tale qualità, perchè essi più che per far lucro, operano per provvedere al proprio sostentamento, e la loro abituale professione non è il commercio, ma l'arte in cui si affaticano di calzolaio, sarto e simili.

Questa dottrina, che venne insegnata dagli antichi scrittori nostri (2), è fra i moderni adottata dal VIDARI (3), dal PARDESSUS (4), dal VINCENS (5) e dal NOUGUIER (6), ed è combattuta dal MASSÉ (7), dall'ORILLARD (8), dal BEDARRIDE (9) e da qualche altro scrittore; ma sembra che a torto questi ultimi si rifiutino di ammetterla, e non è esatta l'osservazione del MASSÉ, che cioè anche il povero artigiano, il quale col lavoro delle sue mani trasforma la materia che sia stata da lui comprata per consegnarla a chi gli ha ordinato il lavoro, operi per procacciarsi un lucro, *quaestus faciendi causa,* ed è più vero invece che egli lavora per vivere: ed il PARDESSUS prevedendo l'obbiezione, ben giustamente disse, che in questa materia sarebbe poco ragionevole il pretendere che il più od il meno nulla cangi alla quistione, e che il principio debba essere il medesimo a riguardo di colui che compera un po' di materia prima per rivenderla manufatta, e di quegli che ne compera a tale scopo una grande quantità, ed a riguardo di colui il quale riceve ordini, che eseguisce coll'aiuto di un operaio o due, e di quegli che ne impiega una grande quantità.

(1) Sugli art. 3 a 7, II, n. 15.

(2) STRACCA, De mercat., pag. 1, n. 33; ANSALDO, De comm., n. 53; SCACCIA, De comm. et camb., Quaest. 1, § 1, n. 12 e 13.

(3) Corso di dir. comm., n. 96.

(4) Cours de dr. comm., n. 77 e 81.

(5) Leg. comm., tom. I, pag. 144.

(6) Des trib. de comm., etc., tom. I, pag. 404, e II, pag. 71 e seg.

(7) Le dr. comm., etc., n. 19.

(8) De la comp. comm., n. 148.

(9) Des comm. et de liv. des comm., n. 43.

Ragion vuole che una distinzione si faccia fra posizioni tanto diverse; e sarebbe in verità assurdo il pretendere che l'artefice nel senso sovraccennato, il quale intende a vivere del suo lavoro, ma non a speculare, sia obbligato a tenere i libri ed a fare gli inventari prescritti dal Codice, e che quando gli avvenga di non poter pagare i meschini debiti che possa contrarre, ne debba venir dichiarato il fallimento.

Lo stesso deve dirsi di coloro il cui traffico sia assai limitato, e quelli per esempio il cui fondo di commercio stia tutto in una gerla o su un piccolo banco, perchè anche costoro mirano più a guadagnare il pane che a speculare (1).

E se non può sempre riuscir facile, come osserva il PARDESSUS, di fare la detta distinzione, sembra che un principio direttivo possa attingersi dallo scopo, che secondo le circostanze risulti essersi proposto colui del quale si tratti; se cioè abbia operato per campare la vita, ovvero per far lucro, sia pure in isfera limitata, nel quale ultimo caso gli si possa attribuire la qualità di commerciante; e del resto, come dice ancora il PARDESSUS, la saviezza dei Tribunali e la pratica possono sole togliere ogni difficoltà.

4. L'art. 8 comprende espressamente fra i commercianti le società commerciali, perchè la natura commerciale è ingenita in esse; ma può dirsi dei soci delle stesse società commerciali, che esercitino essi pure il commercio per professione, e che perciò siano commercianti? Bene insegna il VIDARI (2), che conviene distinguere fra le diverse società; che i membri di una società in nome collettivo ed i soci accomandatari si devono aver sempre per commercianti, perchè tanto i primi, quand'anche non siano amministratori, quanto i secondi, esercitano direttamente un'industria mercantile, nei rischi della quale avventurano tutti i loro averi, e la commercialità dell'impresa a cui danno opera si imprime, per così dire, indelebilmente in essi, e ne informa tutta la loro per-

(1) MOLINIER, Tr. de dr. comm., pag. 105; DALLOZ, Rép. V. Commerçant, n. 23.

(2) Corso di dir. commerciale, n. 101.

sona, e così venne pure giudicato (1); e che per contrario i soci accomandanti e gli azionisti si hanno piuttosto a considerare quali semplici prestatori di fondi dati ad altri da amministrare, anzichè persone che vogliano esercitare ed esercitino un commercio per conto ed in nome proprio. Diremo perciò che i primi sono commercianti, e che non lo sono i secondi.

5. Sulle quistioni che si fanno se siano commercianti coloro che attendono a certi determinati atti, come per esempio i farmacisti, mi riferisco a quanto ho detto superiormente relativamente agli atti di commercio (2), perchè naturalmente si dovranno dire commercianti, ovvero no, secondo che gli atti da essi compiuti per professione abituale siano, o no, di commercio.

6. Quegli che faccia abitualmente atti di commercio in nome e per conto di altri, non è che un rappresentante o preposto di costui, e prende nome di suo institore: « Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet, nec multum facit tabernae sit praepositus, au cuilibet aliae negotiationi » (3); e non può riguardarsi come commerciante, sebbene eserciti abitualmente atti di commercio, perchè non contrae in proprio (4), ed è, come dicono i Dottori, *nudus minister*, *nudum organum* di altri.

Lo Stracca ciò insegna scrivendo che « si lex municipalis de mercatore seu artifice simpliciter meminit, intelligenda esse in eo, qui proprio nomine mercaturam exercet, non autem alieno (5), ed anche gli scrittori tedeschi convengono nella teorica che il mandatario, il quale a nome e per conto altrui fa atto di commercio, non diviene commerciante, sebbene vada soggetto alla giurisdizione commerciale, ed hanno la teoria stessa posta in luce (6); e presso di noi venne giudicato non essere commerciante il diret-

(1) App. Torino 17 maggio 1867, Talachini c. Scanzi.

(2) Sugli art. 3 a 7, II, n. 15.

(3) L. 3 Dig., De instit. act. — Art. 367 di questo Codice.

(4) Vidari, Corso di dir. comm., n. 97.

(5) De mercatura, pars 1, n. 72.

(6) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrecht, tom. 1, pag. 331, nota 7; Endermann, Handelsrecht, § 13, pag. 67, nota 12, ed altri.

tore di una impresa commerciale (1), nè esserlo colui che assume l'ufficio di amministratore di una società anonima (2).

È ben inteso che quegli che ha fatto atti di commercio e pretende di averli fatti come institore altrui, è obbligato a provare il mandato (3).

Allorquando poi colui che opera per conto e nell'interesse di altri, lo faccia in proprio nome, e quindi nei suoi rapporti interni col suo preponente sia bensì un vero institore, ma però adoperi coi terzi come se l'affare fosse suo proprio, offrendo ai medesimi il suo nome, il suo credito e la sua responsabilità, deve ritenersi siccome commerciante.

Diffatti l'art. 371 di questo Codice espressamente stabilisce che in mancanza della dichiarazione da parte dell'institore di aver trattato per il preponente, egli contrae obbligazione personale; ed anche prima ed in forza del principio generale di diritto, consacrato anche dal capoverso dell'art. 1744 del Codice Civile, secondo cui il mandatario che opera in proprio nome è direttamente obbligato verso la persona con cui ha contrattato, come se l'affare fosse suo proprio, fu a ragione giudicato che le intelligenze tenute segrete, in forza di cui i contratti commerciali fatti da taluno in proprio nome fossero in realtà compiuti per altrui conto ed interesse, non basterebbero ad escludere la qualità di commerciante, che da quegli fosse stata assunta verso il pubblico (4).

Il preponente medesimo poi, il quale abbia preposto l'institore all'esercizio del suo commercio, dovrà essere considerato commerciante quando si abbia un esercizio di atti di commercio nei termini dell'art. 8, cioè per professione abituale, sia che l'institore abbia dichiarato di aver trattato per il preponente, sia che non lo abbia dichiarato.

(1) App. Torino 2 maggio 1860, Serra c. Ferr. Vitt. Emanuele, e 18 settembre stesso anno, Ansaldi c. Thomas.

(2) App. Torino 29 maggio 1868, Riccardi di Netro, Gloria ed altri c. Vialet.

(3) App. Venezia 23 giugno 1874, Paluzzi c. Costalunga.

(4) App. Genova 5 genn. 1849, Maragliano c. Ansaldo.

Nel primo caso ciò deriva dal principio generale di diritto, secondo cui il mandante è tenuto per le obbligazioni assunte dal mandatario secondo le facoltà che gli ha date (art. 1752 Codice Civile), e dalla speciale disposizione dell'art. 368 di questo Codice, che dichiara il preponente responsabile dei fatti dell'institore e delle obbligazioni da lui contratte nei limiti del commercio a cui è preposto; e non sembra da seguire la distinzione che alcuni antichi scrittori facevano fra il caso in cui il preponente facesse egli stesso alcun atto commerciale ed il caso in cui non ne facesse alcuno, per riconoscergli soltanto nel primo caso la qualità di commerciante, e che è così riferita dallo STRACCA (1): « Apud ALCIATUM (In lege Mercis Dig. *De verb. signif.*) tractatum est, an mercator sit dicique possit ille qui mercaturae officium per se non exercet, sed institorum opera ac servorum utitur; et putat si nullo modo ipse negotium tractat, verius esse mercatorem non esse; sed si et ipse aliquando rationes excutiat, ematque et vendat, mercatorem esse non negat ». Ed invero, come bene osserva il MASSÈ (2), il fatto del mandatario è secondo i principii reputato fatto del mandante: « qui mandat ipse fecisse videtur »; ed inoltre « aequum Praetori visum est (e lo è sempre), sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos et contractibus ipsorum et conveniri » (3). Questi principii sono generali, e sembra che non comportino la distinzione dell'antica scuola.

Anche nel secondo caso poi, cioè nel caso in cui l'institore non avesse dichiarato di aver trattato per il preponente, questi deve essere considerato commerciante nel concorso degli estremi dell'art. 8 rispetto allo stesso institore, perchè derogando in ciò alla regola del diritto civile, scritta nella prima parte dell'art. 1744 Codice Civile, che cioè quando il mandatario agisce in suo nome, coloro coi quali ha contrattato non hanno azione contro il mandante, il capoverso del citato art. 371 di questo Codice, inspirandosi all'interesse del com-

(1) De mercatura, p. 1, n. 66, e gli scrittori da lui citati.

(2) Le dr. comm. dans ses rapports etc., n. 955.

(3) L. 1, D. De instit. act. — Adde L. 149, D. De div. reg. jur.

mercio ed alla ragionevole presunzione che i terzi che hanno contrattato coll'institore conoscessero la di lui preposizione e facessero pure calcolo sulla responsabilità del preponente, prescrive che anche in detto caso, ferma l'obbligazione personale dell'institore, i terzi possono sempre esercitare anche contro il preponente le azioni che derivano dagli atti dell'institore, appartenenti e necessari all'esercizio del commercio a cui questi è preposto.

La risoluzione che propongo della quistione ha pertanto la sua base nella duplice obbligazione dell'institore e del preponente, che trovasi sancita dalla citata disposizione di legge; ed appunto per ciò non mi sembra che possa far difficoltà la conclusione di tenere per commercianti tanto l'institore quanto il preponente, come quella che trova la sua giustificazione nella disposizione di legge medesima, che sancisce l'obbligazione dell'uno e dell'altro, ristretta però naturalmente quanto al preponente *inter fines praepositionis.*

7. La prova della qualità di commerciante deve naturalmente fornirsi da quegli che adduce tale qualità per fondamento o per elemento essenziale della sua azione o della sua eccezione (1); e mezzi ed argomenti con cui può stabilirsi od escludersi la stessa qualità di commerciante, quando cade in controversia, sono: la opinione pubblica e la pubblica notorietà, perchè esse nascono e si formano per effetto di atti reiterati ed abituali di commercio; la qualificazione di commerciante che sia stata presa od accettata in contratti per atti pubblici o privati, ed in atti giudiziali; la iscrizione come commerciante nei ruoli delle imposte speciali al commercio, e la partecipazione a corpi elettorali e ad assemblee di commercianti: i quali però se sono buoni argomenti, specialmente contro quegli che pretenda di non rivestire detta qualità, non sono però tali da escludere la prova contraria, la prova cioè che egli non eserciti il commercio per professione.

Nel particolare poi della prova diretta ad escludere la sua condizione di commerciante, che voglia darsi da quegli che abbia assunto

(1) Cassaz. Roma 18 marzo 1879, Finanze c. Cerasi e Javelli; App. Venezia 9 maggio 1877, Milesi c. Schiavoni e Canella.

tale qualità in atti pubblici o privati, mi sembra che debbano applicarsi i principii rammentati e le distinzioni proposte superiormente a proposito della quistione analoga della causa commerciale non vera espressa nella obbligazione. Potrà esserè ammessa la stessa pròva, quando sia dedotta contro l'altro contraente il quale sia concorso alla dichiarazione che voglia provarsi non vera, o quando la dichiarazione stessa non vera sia stata estorta con violenza o carpita con dolo; ed invece non potrà la prova essere ammessa, quando si tratti di un mendacio deliberatamente commesso da colui che la domandi, e ciò perchè con la sua dichiarazione falsa egli ha tratto in inganno l'altro contraente ed i terzi, e non lo si può ammettere a trar profitto dal suo dolo (1).

A tal proposito è stato giudicato che colui che assume pubblicamente la qualità di commerciante nei suoi rapporti coi terzi, non può, quando trattasi di eseguire le obbligazioni che ha contratto, essere ammesso a provare di non essere commerciante (2); come è stato per contro pur giudicato che chi emettendo un biglietto all'ordine si è qualificato commerciante, od ha dichiarato che ha ricevuto mercanzia per il suo commercio, può provare la non verità di queste dichiarazioni (3).

Si fa quistione se l'apertura di un negozio o di uno stabilimento provveduto di merci, che taluno faccia coll'annunzio al pubblico mediante circolari od altrimenti, che intende esercitare un determinato commercio, e l'esercizio di qualche singolo atto, basti ad attribuire a questi la qualità di commerciante. Pardessus (4), Nouguier (5) ed Orillard (6) insegnano l'affermativa, dicendo che uno stabilimento non può essere cosa fuggitiva, che esso costituisce una professione abituale, perchè presenta il proprietario disposto ad operare abi-

(1) Sugli art. 3 a 7, n. 46.

(2) App. Napoli 28 agosto 1869, Antony Auboyet c. Desanctis.

(3) Cassaz. Napoli 17 marzo 1869, Di Pompeo c. Santucci; App. Genova 27 dicembre 1866, Dassori c. Chiossone.

(4) Cours de dr. comm., n. 78.

(5) Des Trib. de Comm. etc., t. 1, pag. 231.

(6) De la juridict. comm., n. 143.

tualmente, e che quegli che abbia ciò fatto non possa dirsi aver compiuto un atto di commercio isolato, essendosi attribuito pubblicamente una professione ed avendo pubblicamente cominciato ad esercitarla. Ed una Corte d'Appello ha applicato questa teoria, ritenendo che il fatto anzidetto costituisca atto di commercio così qualificato, da attribuire senz'altro la qualità di commerciante a chi l'ha posto in essere (1).

Delamarre e Lepoitvin sostengono invece che nè l'apertura dello stabilimento, nè l'annunzio di voler esercitare un determinato genere di commercio siano efficaci ad attribuire a taluno la qualità di commerciante, quando col fatto il commercio annunziato non sia stato esercitato, e ciò risulti, come accadrebbe per esempio se quegli del quale si tratti fosse scomparso pochi giorni dopo colle sue merci (2). Anche il Vidari (3) professa l'opinione che colui il quale adoperi nella conformità suindicata si dovrà avere per commerciante quando agli accennati primi atti ne tengano dietro altri che intendano a sviluppare l'industria del negozio o dello stabilimento, benchè avvenga che questo poco dopo si chiuda; e che per contrario, se la chiusura avrà luogo prima ancora che siasi iniziato alcun affare, l'apertura si dovrà considerare come un conato non riuscito, cioè come non avvenuta mai.

E sembra veramente da preferirsi l'opinione di questi ultimi scrittori, con l'avvertenza che non potrebbe avere influenza in contrario l'esercizio di qualche singolo atto, perchè nè la disposizione ad operare può equivalere all'operare effettivo che vuole la legge, nè qualche singolo atto può tener luogo dell'abitualità degli atti di commercio che è pur dalla legge voluta, e non può produrre gli stessi effetti, e perchè l'attribuirsi una professione è cosa arbitraria e non può da sola valere a far aquistare una qualità, per la quale la legge stabilisce determinate condizioni.

E fu pure a buon diritto giudicato che per qualificare taluno

(1) App. Firenze 4 giugno 1867, Palmucci c. Del Bello.

(2) Traité de dr. comm., tom. I, n. 39.

(3) Corso di dir. comm., n. 99.

commerciante, non basta provare che questi abbia preparato tutto ciò che è necessario all'esercizio di uno stabilimento industriale, ma fa di mestieri provare anche l'effettivo e continuato esercizio dell'industria (1).

DELAMARRE e LEPOITVIN sono però caduti in equivoco credendo che lo STRACCA professasse dottrina contraria, e soffermandosi perciò a dimostrare che la stessa supposta contraria dottrina non fosse applicabile nel diritto moderno, nel quale l'esercizio del commercio, come essi osservano, non è più considerato un ufficio pubblico, come lo era in altri tempi in Italia, allorquando il CASAREGIS scriveva: « Quin leges Romanorum loquentes de antiquis argentariis, quorum ufficium tunc temporis publicum erat, procedant etiam in mercatoribus nostri temporis, nemo est qui dubitet (2) », e non è più del pari considerato quale un privilegio, come lo era in altri tempi in Francia, allorquando, salve poche eccezioni, nessuno poteva essere *reçu marchand*, se non dopo l'*apprentissage*, e dopo di avere subìte le prove prescritte dalla ordinanza del 1673.

Invece la dottrina dello STRACCA, non meno che di altri nostri antichi maestri (3) è conforme alla opinione degli illustri scrittori francesi, la quale mi sembra la più vera, e ne viene così confortata.

Il passo che essi citano come dello STRACCA, e di un supposto Discorso 37, n. 13, lo è invece della Decisione 37, n. 13 della ROTA GENOVESE, la quale veramente dopo di aver scritto che: « ille mercator proprie dicitur qui plures negotiationes exercet, et non qui unam », soggiunge, citando il BALDO, che « una mercantia non facit mercatorem, sed professio et exercitium, et hoc est clarum, nisi unicam mercantiam praecedat professio, seu matriculati in matricula mercatorum »; ma gli scrittori che vennero dappoi, e fra essi appunto lo STRACCA, modificarono in quest'ultima parte la teoria della

(1) App. Torino 8 febbraio 1868, Mannati c. Rave e Aine.

(2) Disc. 187, n. 27.

(3) Su questi articoli, I, n. 1.

ROTA, o quella da essa approvata. Difatti nel suo trattato *De mercatura* egli insegnò che la iscrizione nell'albo dei commercianti non conferiva che il nudo nome di commerciante, e che doveva aversi l'esercizio effettivo e continuato del commercio, per aspirare alla qualità di commerciante e goderne i vantaggi. Dopo di aver scritto che « receptum est eum qui semel emit et vendit, mercatorem non esse, et ex unico contractu in merce factum mercatorem non censeri », continua bensì dopo lunga dissertazione e molte citazioni, scrivendo che « quod diximus ille esse mercatorem, qui assiduitate quadam et frequenti negotiatione ad hujusmodi mercatoris artem, seu verius officium, se dederit, et propterea ex unico actu mercatorem non censeri, temperandum est nisi unicum actum praecederet professio, seu descriptio in albo, et ut vulgo dicimus in matricola mercatorum; nam nomina a professione dicta profitendo acquirantur: nomina vero dicta a consuetudine, seu ab actuum generalitate, non ex unico actu, sed usu et exercitio acquirantur »; ma poi ha cura di spiegare che « haec sententia intelligenda est ut is qui in albo mercatorum descriptus est, *nudum mercatoris nomen consequatur, eo enim solo immunitatibus et privilegiis mercatoribus concessis non fruitur: necesse est enim mercaturae officium exerceat ut immunitatibus gaudeat... Artem non exercentes, privilegiis arti concessis non frui* (1) ».

E la stessa dottrina professava il CASAREGIS, il quale scriveva, come i lodati scrittori rammentano, che « Nomina verbalia significativa alicujus exercitii, ut mercator, hospitator et similes non verificantur exu no actu sed requirunt assiduitatem (2) », come aveva pur scritto prima che « Mercatoris qualitas praedicatur de illo, qui per se vel per alium quotidie merces emit et vendit, et similia ad negotiationem spectantia (3) ».

Sugli argomenti che si adducono per stabilire o contestare la qualità di commerciante, fu giudicato fra l'altro: che quando ta-

(1) De mercatura, pars 1, n. 6 a 11.
(2) Disc. 187, n. 27.
(3) Disc. 102, n. 11.

luno sia evocato in giudizio come commerciante, il difetto di contestazione da sua parte di rivestire siffatta qualità non basta per ritenerlo tale, se la natura delle operazioni da lui compiute non valga a conferirgliela (1); che il concorso di una sentenza contumaciale portante condanna di persona qualificata commerciante al pagamento di una somma e del soddisfacimento da essa successivamente fattone, non basta a far ritenere costante la qualità anzidetta, perchè nel giudizio contumaciale non potè essere discusso il relativo articolo, e perchè il soddisfacimento importa la ricognizione del debito, e non della qualità di commerciante (2); che la iscrizione nei ruoli delle tasse quale commerciante e l'essere stato sottoposto al relativo pagamento può essere un argomento di questa qualità, ma non basta ad attribuirla (3); che l'avere taluno nel giro di più anni sottoscritto biglietti all'ordine per mercanzie avute, l'essere stato in base ad essi condannato come commerciante e l'avere ottenuto la sentenza di dichiarazione di fallimento, non sono circostanze che bastino a far rivestire la qualità di commerciante, e quindi ad impedire che i creditori si oppongano alla sentenza dichiarativa del fallimento, in concorso di altre circostanze che escludano in costui la qualità di commerciante, e se tali fatti avvennero nel giro di più anni, e le operazioni commerciali furono di tenue entità (4); che non bastano ad imprimere la qualità di commerciante più sentenze in cui alcuno sia stato condannato come tale, quando questa qualifica non vi è stata discussa, perchè la condizione delle persone è determinata dal concorso dei requisiti voluti dalla legge, e non dalla qualifica che assumono o che loro viene data (5); che devesi ritenere commer-

(1) App. Nizza 7 marzo 1856, Vilain c. Moisnel.

(2) Ruota Fiorentina 30 settembre 1825, Graziosi c. Baroni, e App. Perugia 9 marzo 1880, Faustini c. Antony.

(3) App. Genova 13 ottobre 1858, Quaglia c. Galoppo.

(4) Rota Romana 31 marzo 1856, Rosicarelli c. Ricci, ed App. Firenze 20 luglio 1870, Cannelli c. Giorgi.

(5) App. Perugia 9 marzo 1870, Faustini c. Antony, Auboyet e C.

ciante colui che firmò molti effetti commerciali per causa di commercio e fu socio di una società in nome collettivo (1); che non potrà tentar di smettere la qualità di commerciante chi in un atto solenne si qualificò tale e tale figurò in molti giudizí (2); che deve ritenersi commerciante quegli che faccia moltissime operazioni di borsa, sottoscriva cambiali e sia stato ripetutamente condannato per debiti commerciali (3); che lo apprezzamento degli atti abituali di commercio, da cui si possa indurre la qualità di commerciante, è riservata ai giudici del merito e sfugge alla censura delle Corti di Cassazione (4); che per gli usi costanti del commercio ed anche per i principii della scienza uno stabilimento di commercio od una casa succursale si annuncia e si manifesta: 1° con l'apertura di un magazzino o altro simile ufficio commerciale; 2° con l'apposizione di uno scritto o tabella indicante il nome del commerciante o della ditta, come pure lo smercio o la industria cui lo stabilimento è destinato, o la sola indicazione della specie del commercio che si esercita; 3° col pagamento delle imposte e tasse in qualità di commerciante; 4° colla qualità assunta negli atti o nei contratti relativi al commercio o negozio esercitato (5); che è commerciante chi fabbrica e smercia in gran quantità un farmaco medicinale, comprando materie prime per venderle trasformate o lavorate (6); che la semplice qualifica di commerciante espressa in pochi atti e per talune obbligazioni non può attribuire la qualità di commerciante a chi tale veramente non sia (7); che quando il Tribunale di Commercio afferma la noto-

(1) App. Napoli 12 aprile 1871, Banco di Napoli c. Dimauro.

(2) Cassaz. Torino 10 agosto 1867, Sanna c. Ravasco.

(3) App. Genova 14 gennaio 1861, Richieri c. Cominio.

(4) Cassaz. Torino 3 agosto 1866, Ripert c. Sauthier.; Cassaz. Firenze 1° aprile 1875, Doni c. Rodoconacchi.; Cassaz. francese 27 aprile 1871, Eynard.

(5) App. Napoli 5 agosto 1872, Mariniello c. Ristori.

(6) App. Firenze agosto 1866, Pagliano c. Maldini.

(7) App. Napoli 1° maggio 1874, Salvati c. Coscia.

rietà dell'esercizio del commercio da parte di taluno, non può più essere luogo a ragionevole dubbio sulla verità di un tale fatto (1).

8. Si disputa se la sentenza che dichiara la qualità di commerciante di taluno valga a constatare in lui tale qualità rispetto anche ai terzi, cioè anche rispetto a chi non è stato parte nella causa. Vi sono esempi di giudicati in tal senso, per la considerazione che le sentenze le quali stabiliscono la condizione giuridica e la qualità delle persone, debbano reputarsi come rese in causa di stato e debbano perciò far cosa giudicata anche riguardo ad altre parti (2); ma non mi sembra che possano approvarsi.

Se può ritenersi conveniente di eliminare la possibilità che taluno abbia ad essere riguardato commerciante verso gli uni e non commerciante verso gli altri, deve però riconoscersi del pari conveniente ed anzi ben giusto, da una parte che il debitore non abbia a subire verso altri le conseguenze, talvolta assai gravi, della qualità di commerciante che in realtà egli non rivesta, solo perchè l'abbia lasciata dichiarare in altra circostanza in cui gli riuscisse inocua, e d'altra parte che un creditore non si veda preclusa la via di escludere la qualità di commerciante nel debitore, al quale sia riuscito di farsi passare contro verità per tale in un giudizio con altri; ed in codesto conflitto di opposte considerazioni di convenienza e di giustizia, i principii del diritto non permettono che si accordi autorità di cosa giudicata a sentenza, la quale non sia stata pronunciata fra le stesse parti e nella stessa qualità.

La identità delle parti e della qualità loro è condizione indeclinabile per far luogo all'autorità appunto della cosa giudicata: è esplicito al riguardo l'art. 1351 del Codice Civile, come è antico l'insegnamento che *res inter alios judicata, aliis nec prodest nec nocet*, essendo sempre stata ammessa la giustizia del principio che nessuno può essere condannato senza essere sentito: *ne*

(1) App. Torino 10 maggio 1869, Bosio c. Calcagno.

(2) App. Genova 5 maggio 1875, Tubino c. Crovetto, e 11 giugno stesso anno, Tubino c. Nossardi; App. Torino 27 novembre 1869, Calleri c. Pastore e Bonfiglio, e 9 stesso mese ed anno, Bonino c. Capra.

inauditus condamnetur; e mi sembra effetto di errore l'applicazione alla materia dello stato di commerciante, che le succitate sentenze hanno fatto della detta regola, secondo cui, per quanto si riferisce allo stato delle persone, le pronuncie del magistrato *jus faciunt inter omnes*.

Questo errore che io qui rilevo sulle traccie di un maestro solenne del diritto, derivò dal non essersi dagli interpreti del diritto romano mantenute nei suoi giusti limiti le disposizioni per le quali in esso era stabilito che il giudicato avesse in certi casi efficacia anche rimpetto ai terzi.

Ecco ciò che a tal riguardo scrisse l'illustre PISANELLI: « I giureconsulti romani osservarono che il giudicato in due casi aveva efficacia anche rispetto a quelli che non fossero intervenuti nel giudizio, cioè quello sulla filiazione legittima, e quello sullo stato di libertà (L. 1, § 16; L. 2 e 3 pr. D. *De agnosc. lib.*, e L. 25 D. *De statu hom.* (1). Ma questa eccezione alla regola sull'autorità del giudicato non aveva luogo senza il concorso di tre condizioni, cioè che fosse intervenuto nel giudizio *justus contradi tor* (L. 3 D. *De Collusione detegenda*), che il giudicato si fosse reso in contraddizione delle parti (L. 27 D. *De lib. caus.*), e che non vi fosse stata collusione (D., *De Collus. deteg.*). Svolgendosi ed ampliandosi col processo del tempo la nozione dello *stato*, i commentatori del diritto romano credettero di poter applicare le medesime regole a tutte le quistioni di stato; ma non avendo essi ben compreso il principio da cui procedeva la più ampia autorità del giudicato in alcuni casi, spesso errarono, ed i loro errori si sono anche riprodotti nella nuova giurisprudenza. — Siccome è necessario che tutti coloro che appartengono ad una società abbiano per le ragioni comuni una rappresentanza comune, così

(1) Nella penultima di queste leggi si stabilisce la sentenza del giudice *jus facere:* le quali parole ritraggono manifestamente la straordinaria estensione che aveva il giudicato in siffatte quistioni, nelle quali costituiva il *jus inter omnes*, mentre d'ordinario formava il *jus inter partes* (SAVIGNY, Traité de dr. rom., vol. VI, pag. 474).

necessariamente ancora i giudicati ottenuti contro quelli che rappresentano legittimamente una società, hanno autorità contro tutti i suoi membri. Nè in ciò si potrà scorgere una eccezione al principio, che il giudicato sia autorevole solamente per coloro che sono intervenuti nel giudizio, poichè considerando attentamente questo fatto, si vedrà che i soci debbono reputarsi intervenuti anch'essi in un giudizio trattato da colui che ha il diritto di rappresentare l'intiera società. Che se nondimeno si dubita, ciò nasce perchè non si mostrano a tutti ugualmente perspicui o consistenti alcuni legami sociali; il che segnatamente interviene della società naturale, di quella cioè da cui tutte le altre s'iniziano e di quella in cui tutte le altre si terminano, la famiglia e la nazione. Quando i vincoli sociali sono artefatti, riescono a tutti visibili, e respingono ogni dubbio sull'autorità del giudicato rispetto a tutti i soci. Pertanto chi ben guarda, non è men certo che il giudicato intorno lo stato di famiglia o di cittadinanza, ha forza per tutti i membri della famiglia o della nazione, sol che sia stato ottenuto contro quell'uno da cui tutti gli altri sono legittimamente rappresentati (1) ».

Prima aveva spiegato come si era svolto ed ampliato col processo del tempo il concetto dello *stato*, scrivendo: « È risaputo che i diritti e le obbligazioni derivano da alcune condizioni dell'essere morale dell'uomo, le quali unite insieme costituiscono lo *stato*........ Insegnarono i giureconsulti romani che le quistioni intorno allo stato delle persone fossero pregiudiziali (L. 6, Cod. *De ordine cognit.*); ma essi non giunsero a svolgere in tutta la sua ampiezza il concetto dello *stato*. Pensarono esaurirsi siffatto concetto da quelle sole qualità che costituivano la capacità politica e famigliare, le quali erano certo le più notevoli, e sulle quali perciò era naturale che primamente si fermasse l'osservazione dei giureconsulti... ». E prosegue avvertendo che « i commentatori del diritto romano avevano già scorta la stretta analogia tra le qualità dalle quali, se-

(1) Comm. al Cod. di Proc. Civile per gli Stati Sardi, di Mancini, Pisanelli e Scialoja, Vol. 1, Parte 1, n. 136.

condo quel diritto, risultava lo *stato*, e parecchie altre; e quindi affermavano che queste altre qualità costituivano uno *stato secondario*... »; ed indi spiega che lo *stato* secondo le nuove leggi non è soltanto o di famiglia, ovvero di cittadinanza, ma consistendo in una qualità alla quale sono inerenti diritti ed obbligazioni, lo si deve dire anche della qualità di *commerciante*, per esempio, di *locatore*, di *conduttore*, di *compratore*, ecc., e che « la differenza che passa tra le quistioni che si muovono intorno alla qualità di *cittadino* e di *figlio*, e le altre di *commerciante*, di *proprietario*, di *venditore* e somiglianti, consiste in questo, che la definizione che ottengono dai magistrati le prime hanno autorità contro tutti, e per contrario hanno autorità soltanto fra i litiganti le sentenze che si pronunziano sulle qualità private (1) ».

Più avanti poi lo stesso scrittore ritorna sull'argomento a proposito della controversia sulla qualità ereditaria; e notando che questa controversia importa pure una quistione di stato nel senso più ampio suindicato, avverte non militare per essa quelle speciali ragioni da cui deriva la maggiore estensione del giudicato da lui esposte superiormente, rileva che i giureperiti non avvertendo alle speciali ragioni che in alcune quistioni di stato determinavano la straordinaria estensione dell'autorità del giudicato, la credettero conveniente anche ad altre controversie, nelle quali ravvisavano pure una quistione di stato, e che il loro errore consisteva nel non avere avvertito quelle ragioni: e nel particolare della detta controversia sulla qualità ereditaria, avverte essere caduto in errore anche il Fabro (2), e colla sua autorità avervi tratto pure il legislatore piemontese nell'art. 989 del Codice Civile Albertino, « violazione manifesta dei più certi principii dell'autorità del giudicato », poichè sanciva che il giudicato appunto sulla qualità ereditaria, pronunziato a favore di un creditore o di un legatario, giovasse anche agli altri creditori e legatari (3).

(1) *Loco citato*, n. 25.
(2) Codex, Lib. VII, tit. xxv, def. 1.
(3) *Loco citato*, n. 532.

Pertanto secondo la dottrina dell'eminente giureconsulto Napolitano, che si raccomanda non meno *ratione auctoritatis* che *auctoritate rationis*, si deve ritenere che le sentenze anche in materia di quistioni riguardanti lo stato delle persone *faciunt jus inter omnes* soltanto nel significato che allo *stato delle persone* si attribuiva dai giureconsulti romani, e cioè per quanto riguarda le qualità inerenti alla nazionalità ed alla famiglia e le quali quasi si direbbero pubbliche, e che invece hanno autorità limitata alle parti le sentenze riguardanti lo stato delle persone nel diverso senso suindicato, e cioè le qualità private, fra cui è certamente, e lo stesso PISANELLI annovera, quella di commerciante.

Infine avvertirò che il legislatore nostro ha pur dimostrato di voler accostarsi a questo concetto più ristretto e più giusto della eccezione al gran principio sanzionato dall'art. 1351 del Codice Civile, in quanto che nello stesso Codice Civile più non venne riprodotto il censurato art. 989 del Codice Albertino; e che non diversamente è intesa la cosa dalla più autorevole giurisprudenza, giacchè una delle nostri Corti Supreme nel censurare una sentenza di Corte d'Appello, la quale aveva ritenuto che la dichiarazione della qualità ereditaria ottenuta da taluno, costituisse cosa giudicata anche a favore di altri, credendo all'analogia fra la qualità relativa allo stato delle persone e la qualità di erede, disse essere la stessa supposta analogia destituita di ogni fondamento giuridico, pel motivo che « nel primo caso si tratta evidentemente di un fatto che interessa l'ordine pubblico e la base della famiglia nel civile consorzio, il perchè potè ben venire sancito dal legislatore che, accertata nei modi legali una data condizione o qualità personale di fronte ad uno, la medesima spieghi anche la sua forza e valore rispetto ad ogni altro. Nel secondo caso per contro la indagine o la quistione sul punto di sapere se concorra in taluno la qualità di erede è tutta di interesse privato; ond'è che non potrebbe esso declinare dall'applicazione delle comuni regole del diritto (1) ».

Onde si vede che anche nel concetto di quella Suprema Corte lo

(1) Cassaz. Torino 14 febbraio 1874, Pagnani c. Crispolti e Renzi.

stato delle persone qui si intende in senso tale, che ne rimane escluso tutto ciò che riguarda l'interesse privato, come è della qualità o dello stato che taluno rivesta, oppur no, di commerciante.

9. Ognuno, sia persona fisica o morale, sia cittadino o straniero, può essere commerciante, in relazione anche all'art. 1105 del Codice Civile che dichiara qualunque persona poter contrattare, se non è dichiarata incapace dalla legge; e questo è principio così sicuro, che il Consiglio di Stato Francese rigettò un articolo che per sanzionarlo era stato proposto da una sua Sezione nell'occasione della compilazione di quel Codice, e nella esposizione dei motivi si spiegò non essersi creduto « qu'il fût bésoin de dire qu'en France toute personne a droit de faire le commerce (1) ».

Però il generale principio è moderato in taluni casi da speciali condizioni, come ad esempio il permesso dell'autorità amministrativa per l'apertura di alberghi, trattorie, caffè e simili (2); ed inoltre vi sono varie eccezioni al principio stesso.

Debbonsi primamente eccettuare le *incapacità* che la legge stabilisce nel particolare interesse di certe persone, e le *interdizioni* e le *incompatibilità*, che essa stabilisce pure nell'interesse pubblico ed in quello del commercio.

Le incapacità si riferiscono allo stato di certe persone appunto, e si verificano rispetto alle donne maritate ed ai minori non autorizzati, agl'inabilitati non assistiti dal curatore (3), ed agli interdetti, sia per cagione d'infermità di mente, che per effetto di condanne alle pene della morte, dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita (4).

(1) Locré, Lég. civ., comm. etc., tom. 17, I, 2 e 4 e XIX, 2.

(2) Art. 35 della Legge 20 marzo 1865 sulla sicurezza pubblica.

(3) L'inabilitato potrebbe essere commerciante, se il curatore lo assistesse sempre nell'esercizio del commercio; ma questa è una mera ipotesi teorica, senza possibilità di applicazione pratica.

(4) Art. 9 e 13 del Cod. di Comm.; 335, 339, 1106 e 1107 del Cod. Civ.; 3 del R. Decreto 30 novembre 1865, n. 2606, contenente disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice Civile, e 543 secondo e terzo capoverso del Codice di Procedura Penale.

Delamarre e Lepoitvin non comprendono negli incapaci ad esercitare il commercio gl' interdetti per condanna penale (1); ma se questa opinione può contestarsi anche in Francia (2), non potrebbe certo applicarsi presso di noi, perchè l' articolo 3 del R. Decreto 30 novembre 1865 portante le disposizioni transitorie per l'applicazione del Codice Civile Italiano, nel sottoporre alla interdizione legale i condannati alle pene suaccennate, stabilisce che la medesima toglie loro la capacità di amministrare i proprii beni, di alienarli e disporne per atti fra vivi, e da ciò deriva la conseguenza che non possono esercitare il commercio, il quale si compone di continui atti di disposizione e di alienazione dei proprii beni, e perchè inoltre il capoverso dell'art. 1007 del Codice Civile colpisce di nullità assoluta le obbligazioni contratte dagl'interdetti per causa di pena. E se ciò avesse bisogno di conferma, la si avrebbe duplice, cioè primamente nella Relazione al Re del Guardasigilli sul Progetto del Codice Civile, nella quale riguardo al succitato art. 3 delle disposizioni transitorie si legge che « la natura stessa delle pene più gravi non permette che al condannato si conservi la libera amministrazione e la piena disponibilità dei suoi beni », ed in secondo luogo nella ragione della interdizione legale, la quale consiste nel non doversi permettere che un condannato, disponendo dei suoi beni mentre sconta una pena severa, possa avere i mezzi o di comprare una evasione a prezzo d'oro, ovvero di cangiare un soggiorno di umiliazione e di dolore in un luogo di godimenti (3), poichè ognun vede come si aprirebbe facile il varco a questi inconvenienti, laddove al condannato, soggetto alla interdizione legale, si conservasse la facoltà di obbligarsi con contratti commerciali.

Il Vidari insegna appunto come cosa non controvertibile, che la interdizione legale per causa di pena sia da equiparare alla interdizione giudiziale per causa di abituale infermità di mente, in ciò che riguarda questo tema della incapacità ad esercitare il commercio (4).

(1) Tr. de dr. comm., tom. 1, n. 55.
(2) V. Massé, Le dr. comm. etc., n. 1103.
(3) Chauveau et Hélie, Théorie du Code Pénal, n. 233.
(4) Corso di dir. comm., n. 136.

Al dubbio, se gl'incapaci i quali non ostante la loro incapacità facciano professione abituale di atti di commercio, debbano essere reputati commercianti, mi sembra doversi rispondere con distinzioni. La risoluzione dipendendo dalla validità, o meno, degli atti di commercio compiuti dagl'incapaci, non potrà mai reputarsi commerciante l'incapace per interdizione legale, perchè la sua incapacità è assoluta e radicale, come si è detto: invece i minori di età, non emancipati, nè autorizzati al commercio, le donne maritate non autorizzate e gli inabilitati non assistiti dal curatore, potranno riguardarsi commercianti, ovvero no, secondo che i loro atti, nulli di nullità semplicemente relativa, vengano impugnati come tali, oppure no (1).

Le interdizioni dal commercio e le incompatibilità col commercio medesimo, riguardano le persone in quanto esercitano professioni o sono costituite in uffici, che nell'interesse pubblico e del commercio non devono essere cumulati coll'esercizio di questo; ed ho avuto superiormente occasione di richiamare alcune delle stesse interdizioni ed incompatibilità (2).

Ed anche il dubbio, se possano reputarsi commercianti coloro che in contraddizione ad esse esercitino atti di commercio per professione abituale, parmi doversi risolvere colla distinzione quivi indicata, e cioè che non possano esserlo coloro ai quali gli atti stessi siano proibiti, e che invece possano esserlo quelli rispetto ai quali siano dichiarati soltanto incompatibili col loro ufficio.

Altre eccezioni al principio generale che ognuno può essere commerciante, sono per legge stabilite quanto ai funzionari dell'ordine giudiziario, eccettuati i conciliatori ed i giudici di commercio, al personale di prima categoria dei Consolati, ed ai notai, colle disposizioni di legge sovra richiamiate (3), e lo sono pure quanto ai procuratori (4); e sebbene riguardo agli avvocati la incompatibilità della loro professione per quanto si attiene al commercio, sia limitata

(1) Art. 137, 322, 341 e 1107 del Cod. Civile.

(2) V. sugli art. 3 a 7, II, n. 50.

(3) Ivi.

(4) Art. 43 della Legge 8 giugno 1874, n. 1938.

dalla lettera della legge a quella soltanto di agente di cambio o di sensale (1), la incompatibilità con l'esercizio del commercio è portata dalla natura stessa delle cose; e non vi è avvocato meritevole di questo nome che cumuli con quella di commerciante la propria professione, la quale cesserebbe di essere nobilissima, come è, quando la cura dei negozi proprii potesse far venir meno quella degl'interessi che gli sono affidati, e quando da disinteressato confidente dei suoi clienti, egli potesse tramutarsi in un loro concorrente pericoloso.

Altre volte era stabilita la proibizione al fallito di ritenere od assumere la professione di commerciante, salva la sua riammessione alla professione medesima per effetto del concordato (art. 551 e 631 del Codice di Commercio del 1865); ma il presente Codice più non contiene nell'art. 697, corrispondente al 551 del Codice precedente, la detta proibizione: e si vedrà a suo luogo (sugli art. 683 a 712) che la proibizione stessa è stata eliminata di proposito.

Quanto alla sanzione delle stabilite incompatibilità, mi sembra che debba essere quella della rimozione che le autorità competenti possano pronunciare dalla posizione o dalla professione incompatibili con quella del commerciante, di colui che non tenga conto delle incompatibilità stesse; e ciò perchè senza questa sanzione le relative leggi rimarrebbero lettera morta. Ma credo che egli debba essere pur sempre considerato quale commerciante, tanto per l'adempimento degli obblighi, quanto per l'esercizio dei diritti, perchè la qualità di commerciante può verificarsi anche in chi eserciti altre professioni, come si è veduto superiormente (2), e quindi quegli che si pone in questa condizione nè deve essere liberato dai relativi obblighi, nè può per parità di trattamento essere privato dell'esercizio dei diritti pur relativi.

10. Si è pur veduto superiormente che non possono formare oggetto di atti di commercio, nè dare in alcuna maniera azione in giudizio, le convenzioni illecite e contrarie ai buoni costumi ed all'ordine

(1) Art. 13 della legge citata nella nota precedente.

(2) *Supra*, n. 2.

pubblico (1); e come conseguenza di ciò deve pur dirsi non poter essere considerati commercianti coloro che di atti illeciti e contrari al buon costume ed all'ordine pubblico facciano professione abituale per cagione di lucro.

Non mi sembra che sia nel vero il MASSÉ quando esprime una opinione diversa, scrivendo che quegli che esercita un commercio illecito è commerciante, perchè l'abuso che egli fa del commercio non ne snatura l'uso, e perchè i suoi atti potranno essere annullati, ma non saranno perciò meno atti di commercio. Egli continua arrecando l'esempio del banchiere che riceve interessi usurari, il quale esempio però non calza presso di noi, dove è abolita la legge sull' usura ed è sanzionata la libertà dell' interesse, ed arrecando pure l'esempio di quegli che faccia il commercio di contrabbando, sia in qualità di compratore e rivenditore, sia in quella di assicuratore, del quale egli dice che può bensì essere condannato come contrabbandiere, ma che deve essere considerato quale commerciante, perchè nell'un caso fa professione di comperare per rivendere, e nell'altro tiene un ufficio od una agenzia di affari (2).

In verità gli atti di cui si tratta, più che atti semplicemente annullabili, sono radicalmente nulli, e tali che non possono dare azione in giudizio, come ho dimostrato precedentemente (3); e ciò posto, è manifesto che atti simili, per quanto ripetuti, non possono produrre l'effetto di costituire commerciante colui che li compie, perchè *quod nullum est nullum producit effectum*, e non può dirsi, come pur fa il lodato scrittore, che sia circostanza accessoria e secondaria quella che investe l'atto per intiero, e ne produce la nullità radicale: nè mi sembra da seguirsi la sottile distinzione che egli fa nel particolare di coloro che tengono casa di prostituzione, rifiutandosi bensì di considerarli quali commercianti per tutto ciò che si riferisce ai fatti di prostituzione, e tali considerandoli in ragione

(1) Sugli art. 3 a 7, II, n. 2.
(2) Le droit comm. etc., n. 963.
(3) Sugli articoli pure 3 a 7, II, n. 2.

degli oggetti che vendono e forniscono nei loro stabilimenti (?!), perchè la turpitudine dello scopo della vendita e della fornitura non permette la distinzione medesima; e contro ancora ciò che egli ne scrive, parmi che si possa veramente applicare a coloro che esercitano commerci illeciti e fanno operazioni turpi, quello che lo STRACCA, secondo le idee del suo tempo scriveva dell'usuraio, che cioè « illicite et injuste mercaturam exercens, idest malus mercator, non est proprie mercator, sed abusive et aequivoce » (1). Anche un altro reputato scrittore francese combatte l'opinione del MASSÉ (2).

Il contrabbandiere pertanto e tutti coloro in generale che esercitano commerci illeciti, e tanto più commerci turpi, non possono usurpare l'onorata posizione sociale del commerciante (3).

11. I minori, cioè le persone che non hanno compiuto i ventun anni (art. 240 Codice Civile), essendo per regola generale incapaci di contrattare (art. 1106 stesso Codice), dovevano tanto più reputarsi, pure per regola generale, incapaci di esercitare il commercio, salva naturalmente nel minore emancipato la capacità di assumere mandati commerciali sotto la responsabilità del mandante in senso dell'art. 1743 del Codice Civile, anche come institore, agente di negozio e commesso viaggiatore; in quanto che le operazioni di commercio sono più malagevoli degli atti ordinari della vita civile, ed il commerciante si trova esposto a molti pericoli.

Gli art. 9 e seguenti di questo Codice suppongono tale regola generale; ma ad essa dovevano farsi eccezioni, mercè le quali si rendesse possibile anche ai minori l'esercizio del commercio, che soventi è loro utile ed anche necessario, o per dar loro una occupazione od un conveniente collocamento, o per non lasciar perdere l'attività spesso ragguardevole, che rappresenta uno stabilimento commerciale od industriale.

Le condizioni imposte dagli art. 9 e 10 ai minori, per poter

(1) De mercatura, pars 1, n. 32.

(2) ALAUZET, Comm. du Cod. de Comm., tom. I, n. 259.

(3) Cassaz. di Firenze 11 aprile 1854, C... c. Galligo.

esercitare il commercio ed essere reputati maggiori quanto alle relative obbligazioni, sono: la *emancipazione*, la quale ha insita l'altra condizione del *minimo di età*; l'*autorizzazione* all'esercizio appunto del commercio, e la *registrazione* e l'*affissione* dell'emancipazione e dell'autorizzazione.

Quanto alla emancipazione, si è dubitato se essa non formasse inutile duplicazione coll'autorizzazione a commerciare, la quale come più larga di essa ne comprendesse tutte le facoltà; ma si è mantenuta anche l'emancipazione ordinaria per il motivo principalmente, come si osservò in seno al Consiglio di Stato Francese nei lavori preparatorii di quel Codice, che l'autorizzazione speciale al commercio, la quale naturalmente non avrebbe esercitata alcuna influenza sugli atti diversi dal commercio medesimo, non avrebbe abilitato il minore a riscuotere i suoi redditi, e che sarebbe stato troppo strano il veder privo di questa facoltà il minore commerciante, che pure commercialmente avrebbe potuto assumere gl'impegni più importanti (1).

La condizione della emancipazione poi trae seco, come si è detto, un minimo di età nei casi ordinari, perchè giusta l'art. 311 del Codice Civile, il minore deve aver compiuto gli anni diciotto per poter essere emancipato; essendo da avvertire che questo minimo di età può discendere in caso di matrimonio, poichè esso produce l'effetto della emancipazione legale (art. 310 del Codice Civile), ed il matrimonio è permesso alla donna quando abbia compiuto i quindici anni (art. 55 stesso Codice), e può essere pure eccezionalmente e mediante dispensa permesso all'uomo agli anni quattordici ed alla donna agli anni dodici (art. 68 capoverso del Codice Civile).

Però coloro ai quali appartiene la facoltà di accordare o di negare l'autorizzazione ad esercitare il commercio ai minori emancipati, facendo uso prudente della facoltà medesima, si asterranno naturalmente dal valersene quando l'età e le attitudini del minore non offrano guarentigie che questi sia per usare convenientemente della

(1) LOCRÉ, Lég. civ. comm., etc., tom. 17, pag. 130.

libertà di commerciare, e, salvo casi eccezionali, non accorderanno l'autorizzazione a minori che non abbiano compiuto almeno i diciotto anni; e da questo uso prudente di detta facoltà penso che nasca il fatto constatato dalla Relazione Ministeriale al Senato, che cioè nessun inconveniente sia derivato dal non essere l'età dei 18 anni requisito essenziale all'autorizzazione ad esercitare il commercio del minore emancipato per effetto del matrimonio (1).

L'autorizzazione anzidetta deve darsi, come dice l'art. 9, dal genitore, con atto davanti al pretore, o dal Consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal Tribunale Civile, secondo le disposizioni dell'art. 319 dèl Codice Civile. Nei Progetti del presente Codice la disposizione medesima conteneva maggiori spiegazioni, cioè quanto all'autorizzazione del genitore era spiegato che dovesse darsi dal genitore *emancipante*, e quanto al Consiglio di famiglia o di tutela, era pur spiegato che l'autorizzazione dovesse darsi *se i minori fossero stati da esso emancipati* (art. 6 del Progetto preliminare e 8 del Progetto definitivo); e ciò deve pur sempre ritenersi, essendosi eliminate le dette spiegazioni solo perchè sarebbero state superflue nel testo della legge.

Pertanto il genitore che deve dare l'autorizzazione è quegli che, esercitando la patria podestà, ha il diritto di emancipare il figlio (art. 311 Codice Civile), e questi è il padre; e quando egli non possa esercitarla, la madre (art. 220 stesso Codice).

Nel caso poi in cui o manchino amendue i genitori, od amendue sieno impediti di impartire l'autorizzazione, quest'ufficio è affidato al Consiglio di famiglia pei figli legittimi, ed al Consiglio di tutela pei figli naturali riconosciuti e pei fanciulli ammessi negli ospizi che non abbiano parenti conosciuti (art. 311, 312, 313 e 262 detto Codice), colla formalità inoltre della omologazione del Tribunale Civile: il quale deve essere quello del domicilio del genitore impedito o del tutore, secondo i casi (2).

(1) Su questi articoli, I, n. 3.

(2) Paoli, Nozioni elementari di diritto civile. — Giorn. delle Leggi, 1879, pag. 169 (per analogia).

Giova rammentare che il genitore non può esercitare la patria podestà nei casi seguenti: se ne è privato per abuso della podestà medesima, o per violazione o trascuranza dei doveri che impone (art. 233 Codice Civile), essendo da avvertire che i relativi provvedimenti devono essere dati non in via di giurisdizione volontaria, ma in forma contenziosa (1): se ne è privato pure per essere condannato alla pena della morte, dell'ergastolo o dei lavori forzati a vita (art. 3 delle disposizioni transitorie per l'applicazione del Codice Civile del 30 novembre 1865, n. 2606): se è stato interdetto e quindi egli stesso si trova in istato di tutela (art. 329 Codice Civile): se è in istato di assenza *presunta* (art. 46 stesso Codice), e tanto più se l'assenza è dichiarata (confr. art. 20 e 21 e art. 22 e seg. Codice medesimo), per la impossibilità in cui si troverebbe dell'esercizio effettivo della podestà patria.

Tutto ciò si applica tanto al padre che alla madre: quanto a questa, può sorgere il dubbio, se si trovi impedita di accordare l'emancipazione e l'autorizzazione al commercio dei figli minori, nei casi in cui essendo essa passata a nuovo matrimonio, non le sia stata conservata l'amministrazione dei beni dei figli medesimi (art. 237 e 238 Codice Civile); e mi sembra che il dubbio abbia a risolversi nel senso che la madre ciò non ostante conservi i detti uffici, perchè l'amministrazione dei beni dei figli non essendo che uno dei diritti inerenti alla patria podestà, la sua privazione non può importare la privazione anche degli altri diritti ed uffici, e perchè nella materia odiosa della privazione di diritti, non si può procedere con interpretazione estensiva della legge.

12. L'esercizio del diritto che compete, come si è detto superiormente, ai genitori ed ai Consigli di famiglia e di tutela, secondo i casi, di autorizzare i minori al commercio, non è soggetto ad alcun controllo ed è affidato al loro prudente arbitrio; ma come venne anche da altri osservato, non si saprebbe troppo raccomandare loro di adoperare con prudenza, e di non accordare l'autorizzazione se non dopo di essersi ben convinti dell'attitudine del minore al commercio.

(1) Cassaz. Torino 10 dicembre 1868, Bordoni c. Racca.

Le forme con cui nei diversi casi si deve dare ai minori l'autorizzazione al commercio, e si devono fare le relative pubblicazioni, sono stabilite nell'art. 9; e le forme stesse non potrebbero essere sostituite da altre, e per esempio non potrebbero i genitori conferire la detta autorizzazione con atto privato od anche pubblico, volendo la legge che vi si addivenga colle solennità di un atto passato davanti la autorità giudiziaria, la quale in tali casi non ha però altro ufficio che quello di provvedere a che l'autorizzazione sia seria e verace; come non potrebbe provvedersi alla sua pubblicazione altrimenti che colle trascrizioni e le affissioni ivi prescritte, volendo la legge stessa che prima di esse il minore non possa imprendere l'esercizio del commercio.

Non è stabilita la durata dell' affissione nella sala del Tribunale, nella sala del Comune e nei locali della Borsa: la sua determinazione è lasciata al prudente arbitrio del Cancelliere, al quale ne è commessa la cura, essendosi nei lavori legislativi preparatorii del Codice riconosciuto che non era opportuno di provvedervi nella legge (1).

13. Nel caso dell'autorizzazione da darsi dalla madre pel motivo che il padre non possa esercitare la podestà patria, il BORSARI esprime l'opinione che il pretore non possa verificare se concorrano gli estremi per legge preveduti e suaccennati e debba rimettere le parti davanti al Tribunale ed aspettarne i provvedimenti (2); ma non mi sembra opinione da seguire, perchè avendo la legge delegato il pretore a ricevere l'atto di autorizzazione, deve ritenersi che l'abbia pure delegato a verificare il concorso degli estremi per legge stabiliti ad investire la madre del relativo diritto, senza del che il suo compito si ridurrebbe a quello, non abbastanza decoroso, di compiere una pura formalità. È ben inteso però che ciò procede soltanto finchè si rimane nei limiti della giurisdizione volontaria; i quali sarebbero varcati allorquando si trattasse, per

(1) Su questi articoli, I, n. 12.

(2) Il Codice di Comm. del 1865 annotato: sugli art. 4, 5 e 6, n. 65 in fine.

esempio, non già di verificare se il padre sia stato privato con regolare sentenza della patria podestà per abuso della medesima o per trascuranza dei doveri che essa impone, ma bensì di pronunciare tale privazione, e sarebbero pure varcati in ogni altro caso in cui non fosse ancora emanato il provvedimento che costituisse il padre nella condizione di non poter esercitare la podestà patria.

14. L'autorizzazione al minore ad esercitare il commercio deve essere espressa.

Come già ho osservato, essa deve risultare da un atto solenne; e d'altronde il consenso tacito è ammesso soltanto dall'art. 13 nel caso dell'autorizzazione del marito alla moglie, e qui viene in applicazione il principio che il legislatore *ubi voluit, expressit.*

Nel particolare dell'autorizzazione da parte del Consiglio di famiglia, è stato giudicato, e da reputati scrittori approvato, che essa non potrebbe risultare da deliberazioni con cui siasi autorizzato il minore a vendere stabili per far onore ai suoi impegni e poter dedicarsi più vantaggiosamente al commercio (1).

L'autorizzazione al minore può essere, o speciale per un determinato commercio, o generale; ed in quest'ultimo caso soltanto potrebbe il minore dedicarsi al genere di commercio che più gli piacesse, mentre nel primo caso dovrebbe limitarsi a quello specialmente determinato nell'autorizzazione (2).

15. Il minore autorizzato al commercio essendo reputato maggiore per tutti gli atti relativi al commercio medesimo, ha libera facoltà di compierli.

Può per gli atti medesimi stare in giudizio, senza bisogno di altra autorizzazione, sebbene ciò non sia stato espressamente detto dalla legge, come l'art. 14 lo ha fatto per la donna maritata, perchè il poter far valere i proprii diritti in giudizio relativamente agli atti di commercio è una conseguenza necessaria della facoltà di

(1) C. di Bourges 26 gennaio 1828, Clément c. Chapelin; Bedarride, Des Comm., n. 84 e 85; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 58; Nouguier, Des Trib. de Comm. etc., tom. I, pag. 244; Massé, Le dr. comm. etc., n. 1038.

(2) Vidari, Corso di dir. comm., n. 119; Dalloz, Rép., V. Commerçant, n. 144; Bedarride, Des comm., n. 89; Massé, Le dr. comm. etc., n. 1041.

compierli, e, come scrisse il MARQUARDO a proposito della donna, « Statutum permittens contractus mulieris sine curatore, non est putandum voluisse negare judicia (1) »; e se per la donna maritata tale facoltà fu espressamente indicata nel detto art. 14, si fu per escludere ogni dubbio in relazione all'art. 134 del Codice Civile, che accenna appunto allo stare in giudizio.

Per gli atti del suo commercio il minore può anche compromettere, perchè egli può certamente disporre delle cose che si riferiscono allo stesso suo commercio (arg. dell'art. 9 Codice Proc. Civ.).

Quanto alla fidejussione, il minore commerciante potrà consentirla laddove essa rientri negli atti del suo commercio, come per esempio quando egli sia commissionario e presti lo *star del credere* per i contratti fatti come tale, o quando sia banchiere, ed assuma la fidejussione mediante una provvigione od un premio; ed invece non potrebbe consentirla se la fidejussione rivestisse il carattere di atto di beneficenza, che è il carattere suo ordinario in materia civile, ma non in materia di commercio, la cui divisa è *nulla per nulla*, ovvero laddove si allontanasse dal commercio che esercita, poichè in tali casi cesserebbe la eccezionale capacità del minore, e riprenderebbe vigore la regola della incapacità sua, anche quando fosse emancipato, a fare da solo atti che eccedano la semplice amministrazione (2).

Relativamente alla facoltà che competa al minore, autorizzato al commercio, di associarsi all'uopo con un terzo, si fa viva disputa.

Il DELANGLE insegna la negativa. L'autorizzazione, egli scrive, è un mandato, e come tale non può essere esteso al di là dei suoi limiti. Si è per fare un commercio determinato e per farlo egli solo, che il minore riceve dalla famiglia la facoltà che gli manca; esso non può andare al di là. Non si comprende, d'altronde,

(1) De jure mercat., Lib. I, cap. 12.

(2) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 1060; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 62; DALLOZ, Rép. V. Commerçant, n. 155.

che riconoscergli la facoltà di associarsi a suo beneplacito anche pel di lui commercio, è esporlo a tutti i pericoli che l'inesperienza trae seco? Nulla è più difficile che la scelta di un socio. Convien conoscere e scrupolosamente pesare i suoi precedenti, la sua posizione attuale, la sua solvibilità, le risorse della sua industria, la sua moralità. Un minore non basta a questo studio. Inconscio di tutto e senza diffidenza, come si è nel principio della vita, non eviterebbe alcuna delle reti tese alla sua buona fede, se la sua famiglia non si collocasse vicino a lui per guidare i suoi passi. Ed il lodato scrittore conchiude che il minore non ha facoltà di contrarre società, se non ha avuto relativa speciale autorizzazione (1).

Il MASSÉ combatte questa opinione del DELANGLE, che qualifica un po' sentimentale, e ne dà i seguenti motivi. Se l'autorizzazione a fare il commercio è un mandato, è però un mandato generale nella sua specialità, il quale abbracciando tutti gli atti relativi al commercio in generale, o ad un determinato commercio in particolare, conferisce al minore per tutti gli atti medesimi una capacità eguale a quella del maggiore. Finchè il minore si limita al commercio che egli è autorizzato a fare, non eccede i limiti della sua capacità; ed è evidente che non fa altra cosa che questo commercio, allorquando invece di farlo da solo, egli si associa un terzo, col quale fa le stesse operazioni che avrebbe potuto fare da solo. E se in una società vi sono pericoli, lo stesso scrittore osserva, dopo varie altre considerazioni che per brevità ometto, ve ne sono pure nel commercio; e la famiglia che ha autorizzato il minore ad intraprenderlo, ha dovuto riconoscere la di lui attitudine ad evitare codesti pericoli, nè gli avrebbe accordata l'autorizzazione se lo avesse creduto « inconscio di tutto e senza diffidenza, come quando si è nel principio della vita » (2).

Codesto ragionamento del MASSÉ mi sembra giusto; e può pure aggiungersi che nel concetto degli autori dell'art. 2 del Codice di Commercio Francese, al quale con talune varianti corrisponde il nostro art. 9, non solamente non si volle proibire al minore la società, ma

(1) Des sociétés commerciales, n. 58.

(2) Le dr. comm. etc., n. 1046.

anzi la si considerava come la forma nella quale praticamente il minore avrebbe potuto valersi della facoltà di fare il commercio. CRETET disse in seno al Consiglio di Stato Francese nella seduta del 4 novembre 1806, e non fu contraddetto, che praticamente « quelque capital qu'un adolescent apporte dans le commerce, jamais, s'il opère seul, il n'obtiendra de credit: la trop grande jeunesse éloigne la confiance. On ne peut donc faire réellement le commerce à cet âge, qu'autant qu'on s'est associé à un ancien négociant, ou qu'on épouse une veuve, ou qu'on succède a son père (1) »; e sebbene il DEMOLOMBE, trattando specialmente la quistione riguardo alla donna maritata, la quale è ben diversa e di cui mi occuperò più avanti (n. 31), accenni a voler applicare anche ai minori la soluzione negativa che vi dà (2); e sebbene i signori MALEPEYRE e JOURDAIN professino la medesima opinione (3) e la professi pure il PONT (4) nel particolare dei minori mi sembra preferibile la soluzione del MASSÉ, alla quale aderiscono anche il DALLOZ (5), il MOLINIER (6), il BEDARRIDE (7), l'ALAUZET (8) ed il VIDARI (9), e che ha pure per sè il giudicato di un magistrato (10).

Data poi la capacità a contrarre società commerciale del minore che sia autorizzato a fare il commercio, sarebbe valida la società fra lui ed il di lui genitore, dal quale sia autorizzato?

L'autorizzazione essendo richiesta a salvaguardia del minore, non può emanare da persona interessata, e dalla parte medesima che tratta con lui, in conformità del principio di diritto che nessuno può essere autore in cosa propria (11).

(1) LOCRÉ, Leg. civ. comm. etc., tom. 17, pag. 128.
(2) Cours de Code Civil, tom. IV, n. 297, e tom. VIII, n. 343.
(3) Traité des soc. de comm., p. 12.
(4) Des sociétés civ. et comm., n. 825.
(5) Rép. V. Commerçant, n. 153.
(6) Droit comm., tom. I, p. 132.
(7) Des commerçants, n. 89.
(8) Comm. du cod. de comm., n. 384.
(9) Corso di diritto comm., n. 119.
(10) App. Caen 11 agosto 1828, d'Havambure.
(11) V. *infra* al n. 26 i testi dai quali la massima è desunta.

Questo che sarebbe più manifesto nel caso in cui l'autorizzazione al commercio data dal genitore al figlio fosse stata contemporanea alla stipulazione del contratto di società, dovrebbe pur dirsi laddove, pur non verificandosi tale contemporaneità, le circostanze però dimostrassero che l'autorizzazione al commercio non avesse avuto altro scopo.

Il genitore che vuol contrarre società commerciale col figlio minore dovrebbe, in riguardo all'autorizzazione al commercio, riguardarsi come non esistente; e l'autorizzazione medesima dovrebbe conferirsi da chi sarebbe chiamato in sua mancanza appunto a farne le veci, come ho detto superiormente (n. 11), e così dalla madre, quando il contraente la società sia il padre, o dal Consiglio di famiglia, quando la madre manchi, o mancando il padre, sia la madre che voglia contrarre la società.

In difetto di tali autorizzazioni per supplire a quella del genitore contraente, il minore non potrebbe nè essere astretto ai vincoli della società verso di lui, nè essere obbligato verso i terzi creditori della società, nè essere travolto nel fallimento di questa.

Vi sono sentenze di magistrati ed opinioni di reputati scrittori in questo senso (1).

Si avverta che nel caso in cui l'autorizzazione al commercio fosse stata data al minore dal genitore che contragga società con lui, prima però di addivenire a questo contratto, e per modo da escludere che abbia avuto lo scopo soltanto di preparare la via al medesimo, non se ne potrebbe disconoscere la validità.

Questo mi sembra il punto di vista, dal quale si colloca il VIDARI nel risolvere la quistione nel senso della validità (2): questa pure mi sembra essere la ragione principale per cui il PONT e-

(1) App. Douai 21 giugno 1827, Masquelet c. Sauvage et Boiron, e 16 agosto 1869, Morelle c. Syndics Lequesne; App. Parigi 15 febbraio 1838 (D. P., 1838, 2, 125), e 20 febbraio 1858, Beligaude c. Brincourt; DALLOZ, Réc. périod., Nota alla succitata sentenza 16 agosto 1869 (1870, 2, 87); ALAUZET, Comm. du Code de Comm., n. 385; DEMANGEAT, Sur Bravard-Veyrières, vol. I, pag. 152.

(2) Corso di dir. comm., n. 590.

sprime la stessa opinione, pur eccettuando sempre il casodi frode (1); ed in questo senso sono con essi d'accordo, come consento col MASSÉ, il quale per sostenere parimenti la validità in detto senso della società del minore autorizzato al commercio col genitore, osserva che non vi è ragione di inefficacia se l'autorizzazione al commercio emanò da chi più tardi contratterà col minore, quando l'interesse del padre che autorizza abbia nulla di contrario all'interesse del minore autorizzato, e che d'altronde nel padre, il quale senza frode autorizza il figlio a fare il commercio, vi hanno due persone distinte, perchè al padre che autorizzando il figlio, ha abdicato una parte della autorità paterna, succede la persona capace di obbligarsi con tutti quelli che sono egualmente capaci: onde la società che si contragga tra padre e figlio nelle dette condizioni ha nulla di contrario ai principii del diritto (2).

E sempre in tal senso può pure consentirsi col BEDARRIDE, il quale osserva non rimanere applicabile il principio che nessuno possa essere autore in causa propria, perchè nell'origine, e quando consente l'autorizzazione, il padre non ha altro interesse che quello del figlio minore; alla quale osservazione egli aggiunge che d'altronde pel minore è di tutto interesse ed è quasi anzi una necessità lo associarsi a persone versate nella pratica degli affari per averne un'abile e saggia direzione, e che è naturale ch'egli domandi questo soccorso al di lui padre prima che ad ogni altro (3).

All'infuori però del detto caso, ed allorquando si tratti nella sostanza, se anche non nell'apparenza, di contratto di società fra genitore e figlio minore, nel quale questi, non ancora autorizzato al commercio, sia al contratto stesso autorizzato dal genitore, mi sembra dover mantenersi la regola della nullità, e deve pur dirsi che praticamente non può farsi a fidanza soverchiamente ed in modo assoluto coll'affezione del genitore pei figli, perchè se è vero, come scrive il BEDARRIDE, che un padre il quale mediti a tradimento

(1) Des soc. civ. et comm., n. 827 e 828.

(2) Le dr. commercial etc., n. 1047.

(3) Des commerçants, n. 90.

la rovina del figlio è una di quelle vergognose eccezioni che non meritano di essere prevedute, l'esperienza quotidiana insegna pur anche che i commercianti quando si trovano in condizioni difficili inclinano ad adottare qualunque espediente che li salvi dalla catastrofe, e si lasciano troppo soventi cullare dalle illusioni di un miglior avvenire.

Il Beslay è più assoluto di tutti gli scrittori nell'opinione della efficacia della società commerciale di cui si tratta, e concedendo soltanto al minore ragione d'indennità contro il genitore che gli abbia arrecato danno, in base ai principii del quasi-delitto, crede che la irregolarità dell'autorizzazione non possa opporsi ai terzi nemmeno nel caso di frode; e ciò perchè l'art. 2 del Codice di Commercio Francese (corrispondente all'art. 9 di questo) non stabilisce alcuna condizione all'autorizzazione del genitore, perchè trattandosi di formalità dalla legge imposta, debba bastare il suo apparente adempimento, ed i terzi non siano obbligati a maggiori ricerche intorno alla intrinseca regolarità della stessa autorizzazione, e perchè infine per l'interesse medesimo dei minori non si debba andare a rigore, posciachè nessuno vorrebbe contrattare con essi in materia di commercio qualora non bastasse l'adempimento apparente delle formalità di legge, e conseguentemente si formerebbe bentosto il vuoto intorno a loro (1).

Ma mi sembra facile il rispondere, che quello che non è scritto negli articoli succitati di legge, è supplito dai principii del diritto; che l'apparenza dello adempimento di formalità volute dalla legge non può, secondo ragione, ritenersi bastevole, e vuolsi invece la verità dell'adempimento stesso; che le condizioni di pubblicità prescritte dalla legge, sia per l'autorizzazione dei minori, sia per la formazione delle società, rendono agevoli le relative verificazioni, a cui il contraente che vuole adoperare con diligenza non può sottrarsi, e che è ben meglio per il minore fare nulla, piuttosto che far male.

L'espediente poi suaccennato del far autorizzare il minore dalla madre, ovvero dal Consiglio di famiglia, secondo i casi, mentre

(1) Comm. du Code de Comm., Des commerçants, n. 228 e seg.

vale a render possibile quella società fra il minore ed il genitore, che è certo uno dei migliori partiti a cui possa il primo appigliarsi, quando non vi siano motivi speciali in contrario, mi sembra pienamente legale, se anche non è scritto nell'art. 9; e ciò perchè esso è un'applicazione del principio che qualora una controversia od una difficoltà non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si debba aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili (art. 3 delle Disposizioni sulle leggi in generale), dappoichè il caso che impedisca al genitore di dare la sua autorizzazione, è simile a quello in cui il genitore non vi sia; ed al Bedarride, che osserva non avere il legislatore pensato di far assistere il minore da altri nella eventualità, che pure ha preveduto, della di lui società col genitore, è facile rispondere che nè i processi verbali delle discussioni preparatorie dei codici registrano tutto, nè era cosa a cui fosse necessità provvedere, dappoichè ricorre tanto ovvio il rimedio dell'autorizzazione della madre o del Consiglio di famiglia, secondo i casi.

16. Risulta dall'art. 9 che quando siano state adempiute le condizioni della emancipazione e dell'autorizzazione, non che della registrazione ed affissione dei relativi atti, i minori sono reputati maggiori « quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio »; onde deriva che per ogni altro atto che non sia di commercio, essi rimangono nella condizione di minori emancipati, i quali da soli non possono fare che atti di semplice amministrazione: e per quanto ciò possa dar luogo alla difficoltà di discernere esattamente l'atto civile dall'atto di commercio, per determinarne e tenerne separate le conseguenze, e sia anche un po' strano, come nota un distinto scrittore (1), poichè si richiede maggiore accortezza e più fino criterio per esercitare il commercio che non per compiere gli atti della vita civile, e per quanto inoltre ciò porti a singolari anomalie, come osservano altri scrittori (2), posciachè, per esempio, il minore emancipato non potrebbe civilmente mu-

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 123.

(2) Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. i, pag. 38.

tuare cinquanta lire (art. 319 Codice Civile), e commercialmente potrebbe prenderne a prestito cinquanta mila, pur tuttavia *hoc iure utimur*.

Conseguentemente il minore emancipato, sebbene autorizzato al commercio, non può da solo accettare o ripudiare un'eredità, non può accettare una donazione, non può disporre a titolo gratuito, non può addivenire a divisioni civili, e non può transigere nè compromettere su affari civili, se non nelle forme prescritte pei minori emancipati (1); ed avrebbe potuto disputarsi se avesse facoltà di vincolare ad ipoteca ed alienare i propri stabili, se colla disposizione espressa dall' art. 11 di questo Codice non fosse stata eliminata la quistione.

La facoltà dell'alienare i beni immobili è stata ora soltanto accordata ai minori commercianti (2): quella invece dell'ipotecarli era stata conceduta anche nei Codici precedenti, in omaggio alla consuetudine commerciale di così operare, che rimonta ai tempi dello Stracca, ed in considerazione della quale egli riteneva valida la ipoteca appunto conceduta sui propri stabili dal minore commerciante. Difatti, dopo di aver proposta la quistione, siccome « forte nusquam tractata, nec usquam relata », in questi termini: « Minor V et XX ann. mercator approbatus extitit, et in mercatorum albo descriptus, et (ut moris est) in ipsa mercatura seu mercaturae actu contraxit, bonaque sua immobilia instrumento obligavit, absque tamen praetoris decreto: quaeri potest, num teneatur hypoteca? » E dopo di avere accennato agli argomenti che taluno faceva valere per la nullità dell'ipoteca stessa, continua scrivendo: « Ex contrario occurrit, mercatores hodie ex consuetudine plerumque instrumentis negotiantur, in quibus de more hypotecam et omnium bonorum obligationem adiici nemo est qui nesciat. Unde secundum mercaturae consuetudinem approbati censentur: actus enim agentium ex consuetudine interpretationem accipiunt, et actuum denique omnium est consuetudo interpres optima..... ». Lo stesso

(1) Toullier, Cours de dr. civ., tom. ii. n. 1299.
(2) Su questi articoli, i, n. 4.

antico maestro di diritto commerciale riconferma poscia la detta soluzione, osservando che la contraria tesi condurrebbe all'assurdo, che quegli che contrattasse col minore commerciante si troverebbe in certo modo ingannato « ex publica approbatione »; ed accennando al fatto che generalmente gli statuti locali riconoscessero la validità di tutte indistintamente le obbligazioni dei minori commercianti, coll'intento forse di togliere di mezzo quelle quistioni, ed accennando pure allo Statuto Anconitano in ispecie, soggiunge: « Unde ad propositas forsan haesitationes removendum, passim lege municipali caveri solet minores V et XX annis publice mercaturam exercentes tamquam maiores se suaque obligàre: quae lex in patria mea viget » (1).

E dal CASAREGIS sappiamo che tale era pure la disposizione dello Statuto Ascolano e di altri Statuti, e l'opinione dei più autorevoli dottori, ma che però lo Statuto di Genova aveva disposizione diversa. In una parte della maggiore sua Opera, là dove riporta un « Responsum incliti collegii Asculani in causa Asculana concursus », si legge essere stato deciso che una certa partita controversa doveva porsi al debito di un Egidio, « quia cum ipse exerceret mercaturam de tempore contractae obligationis, potuit contrahere non obstante defectu solemnitatum a Statuto Asculi requisitarum in contractu filiorum familias, cum huiusmodi casus excipiatur in eodem Statuto, et de aliis Statutis huic similibus tradit Reverendiss. ANSALDUS (2)......... Et hoc quamvis obligatio mercimonium non respiciet et ex causa mercaturae factum non sit (3) », e segue la citazione di varie autorità in appoggio anche di quest'ultima tesi; ed in altra parte della stessa maggiore sua Opera a proposito dello Statuto Genovese, ne cita alcuni paragrafi e dice che essi « expresserunt casus in quibus minores vel mulieres, ex causa commercii possunt contrahere, unde certius colligitur quod in coeteris aliis casibus regulam omnino negativam constituerint (4) ».

(1) Tract. de mercatura, pars III, n. 29, 30 e 31.
(2) Disc. gen. De commercio, n. 88.
(3) Discursus 181, n. 1 a 4.
(4) Discursus 100, n. 16.

È come il nostro legislatore non ha dubitato di accordare al minore emancipato ed autorizzato al commercio la facoltà di alienare ed ipotecare liberamente i suoi beni stabili, così sarebbe stato per avventura opportuno che lo avesse dichiarato libero di compiere senza autorizzazione ogni altro atto della vita civile, sull'esempio del legislatore austriaco, il quale nell'art. 252 del suo Codice Civile dichiarò che « Se al minore viene concesso dalla magistratura competente l'esercizio di un traffico, di un'arte o di un mestiere, egli viene con ciò stesso dichiarato maggiore »; cosa questa che non poteva farsi nel Codice di Commercio, perchè è materia di diritto civile.

17. La dichiarazione e presunzione *juris* di commercialità dei contratti e delle obbligazioni dei commercianti, che trovasi stabilità nell'art. 4 di questo Codice, deve applicarsi, colle limitazioni ivi stabilite, anche ai minori autorizzati ad esercitare e che effettivamente esercitino il commercio.

La stessa presunzione fondandosi, come a suo luogo ho notato, sulla grandissima verosimiglianza che i contratti e le obbligazioni dei commercianti si riferiscano a ciò che forma la professione abituale di colui che li compie, cioè al commercio, ed abbiano per iscopo di provvedere ai relativi bisogni, mi par manifesto che essa sia da applicarsi anche ai minori che siano autorizzati ad esercitare e che effettivamente esercitino il commercio. « In dubio, scrive l'Ansaldo (1), et donec de contrario non doceatur, mutuum praesumitur subscriptum in causam seu ex causa mercaturae, quia nimirum illa applicatio quam adhibet erga negotium, cujus ratione dari solet indigentia pecuniae, praevalet improvvidae dissipationi, referibili ad aliud titulum vel causam ».

In Francia si agita più grave la controversia, perchè ivi non vi ha una disposizione di legge corrispondente al nostro art. 4, ma vi è soltanto quella del capoverso dell'art. 638 di quel Codice. limitata ai biglietti all'ordine; e difatti si vedono il Massé (2), il

(1) Disc. gen., n. 91.
(2) Le droit comm. etc., n. 93.

PARDESSUS (1), il BEDARRIDE (2) ed il TOULLIER (3) escludere la presunzione di commercialità, e per contro ammetterla il DELVINCOURT (4), il MOLINIER (5), il DALLOZ (6) ed il DEMOLOMBE (7); ma anche presso di noi la dottrina che esclude la presunzione di commercialità trovò un sostenitore nel BORSARI.

La ragione che egli ne dà consiste nella differenza degli effetti che la presunzione di cui si tratta esercita sulle obbligazioni del maggiore e su quelle del minore, per il maggiore non essendo quistione che della giurisdizione, mentre per il minore è quistione di capacità: differenza che egli dice grande e radicale (8).

Non nego questa differenza di effetti; ma parmi poter negare che la differenza medesima possa autorizzare da parte dell'interprete una distinzione che il legislatore non ha fatta: « Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus ». La presunzione è stabilita in termini generali: la ragione di essa è applicabile al minore, che esercita il commercio dietro l'avuta autorizzazione, come al maggiore che ha abbracciato questa professione nel libero esercizio della sua volontà, perchè consiste, come ho detto, nella verosimiglianza che le obbligazioni del commerciante si riferiscano al commercio, che è l'abituale sua professione, e che esse abbiano avuto per iscopo di provvedere ai bisogni del commercio medesimo; e la maggiore o minore estensione degli effetti di detta presunzione non mi pare che sia motivo che valga ad apportare restrizioni ad una regola, stata dal legislatore stabilita in termini generali.

La cosa sarebbe diversa, se si trattasse di estendere la presunzione da un caso preveduto nella disposizione della legge ad altro

(1) Cours de dr. comm., n. 62.
(2) Des commerçants, n. 159.
(3) Le dr. civ. français, tom. XII, n. 250.
(4) Instit. de dr. comm., tom. II, p. 3.
(5) Dr. comm., tom. I, pag. 131.
(6) Rép. V. Commerçant, n. 156.
(7) Cours de code civil, tom. IV, n. 301.
(8) Il Cod. di Comm. italiano del 1865 annotato, sugli art. 4, 5 e 6, n. 70.

caso in essa non preveduto, come accade nella legge francese, giusta la già fatta osservazione; ed in Francia inoltre, non solamente può invocarsi, come fa taluno degli scrittori testè citati, le parole pronunciate dall'Arci-Cancelliere nella discussione seguita il 25 novembre 1806 in seno al Consiglio di Stato, secondo le quali nel particolare del debito ipotecario contratto dal minore avrebbe dovuto porsi a carico del creditore la prova di essere desso stato contratto per fatti di commercio, ma può pure contro la presunzione di commercialità degli atti del minore invocarsi la circostanza di non essere stata accolta la proposizione di una disposizione in questo senso che era stata fatta da Berlier (1).

Ma presso di noi la cosa è ben diversa, perchè il nostro legislatore ha sanzionato nell'art. 4 quella regola della presunzione di commercialità dei contratti e delle obbligazioni dei commercianti tutti, e quindi anche dei commercianti minori ed autorizzati, che in Francia non venne accolta; e quindi non si tratterebbe della estensione ad altro caso di regola stabilita per caso più o meno analogo, ma sibbene della restrizione di una regola generale.

Nè infine deve darsi, a mio modo di vedere, soverchio peso ai pericoli che segnala specialmente il Bedarride, di vedere, per esempio, prestiti fatti al minore all'infuori del suo commercio protetti dalla presunzione della commercialità, e di lasciar verificare così lo sconcio di far acquistare a codesti creditori un titolo regolare là dove il minore è invece incapace di sottoscriverne alcuno: questi pericoli sono tanto più eccezionali, in quanto si tratta di minore che la famiglia, consentendogli la facoltà di esercitare il commercio, deve aver riconosciuto abbastanza avveduto e savio, e le regole generali di legge sono dettate pei casi ordinari piuttosto che per gli eccezionali; e d'altronde non mancano mezzi di provare la verità delle cose, quando anche la natura civile della obbligazione non risultasse dal titolo, e potrà sempre nell'una guisa o nell'altra stabilirsi essersi compiuto un atto civile quando ciò sia.

Onde credo che presso di noi i contratti e le obbligazioni anche

(1) Locré, Lég. civ. et comm., tom. XVII, p. 141.

del minore autorizzato ad esercitare, e che effettivamente eserciti il commercio, risultino da atti privati o pubblici, o siano semplicemente chirografari od ipotecari, portino seco la presunzione *juris* di commercialità.

18. Il difetto delle quattro condizioni sovraccennate poste dalla legge all'esercizio del commercio da parte del minore, cioè della emancipazione, dell'età in cui l'emancipazione stessa sia possibile, dell'autorizzazione, e della registrazione od affissione tanto dell'emancipazione che dell'autorizzazione, od il difetto o la irregolarità anche solo di una di esse, basterebbe a dispogliare il minore della qualità di commerciante e gli atti da esso compiuti della qualificazione di commerciali, ed a ridurre il minore nella sua primitiva condizione giuridica di minore emancipato, o no, e gli atti da lui compiuti ad atti semplicemente civili, i quali sarebbero validi, o nulli, o riducibili, secondo le regole del Codice Civile (1); e ciò perchè la capacità del minore ad assumere la qualità di commerciante, od a far semplicemente atti di commercio, è una eccezione, vincolata all'adempimento delle condizioni anzidette, e laddove queste condizioni vengano meno, riprende naturalmente vigore la regola generale, che è l'incapacità del minore, o la capacità limitata ai termini delle leggi civili (2). Si può pure aggiungere coi signori Delamarre e Lepoitvin (3), che in questa materia, come in tutte quelle in cui si tratta dello stato delle persone, allorquando la legge stabilisce certe formalità la forma *dat esse rei;* e conseguentemente se tutte quelle che sono stabilite non sono adempiute *in ipso articulo,* vi ha difetto di capacità ad esercitare il commercio, e nullità delle relative obbligazioni commerciali.

Conseguentemente il minore che non avesse un'autorizzazione la quale corrispondesse alle dette condizioni, non potrebbe suo malgrado per le obbligazioni che avesse incontrato essere dichiarato

(1) Art. 1303 e 1307 del Codice Civile.

(2) Bedarride, Des comm., n. 78, 80 e 92; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 61; Dalloz, V. Commerçant, n. 146; Corte di Chambéry 19 giugno 1857, Fornachon c. Duroveray.

(3) Tr. de dr. comm., tom. I, n. 60.

in istato di fallimento, e potrebbe tanto meno essere processato e punito come bancarottiere semplice o fraudolento (1).

Ed inoltre coloro che avessero contrattato con lui si troverebbero avere rapporti con incapace d'incapacità relativa, e mentre non potrebbero opporre la eccezione di nullità agli intervenuti contratti, dovrebbero invece subirla se venisse opposta dal minore, dal suo genitore investito della podestà patria, dal suo tutore o dai suoi eredi ed aventi causa (art. 1106, 1107 e 322 Codice Civile); ond'è che mentre tutti gli scrittori insegnano la regola surricordata, taluno a ragione raccomanda a coloro che intraprendono affari commerciali con minori autorizzati al commercio, di ben verificare se concorrano i requisiti e le condizioni sovraccennate, e se l'atto si riferisca al commercio del minore, in applicazione anche del principio di diritto, secondo cui ognuno deve assicurarsi della condizione giuridica del suo contraente, dappoichè essi si troverebbero esposti a vedere il minore, o chi per lui, provocare l'annullamento degli atti da lui compiuti, se gli convenisse, mentre essi invece ne sarebbero vincolati, potendo ottenere soltanto che al minore, laddove avesse fatto diverse negoziazioni colla stessa persona, non fosse lecito d'impugnarne taluna e di tenere per buona talun'altra (2).

Si è detto che le nullità suaccennate, come semplicemente relative, possono opporsi soltanto dal minore, dal suo genitore investito della podestà patria, dal suo tutore o dai suoi eredi ed aventi causa; e giova soggiungere che per *aventi causa* s'intendono coloro che, essendo succeduti ad altri, hanno gli stessi diritti, gli stessi pesi, la condizione stessa dei loro autori. « Alienatio cum fit cum sua causa, dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud

(1) Bedarride e Pardessus, loc. cit. e Bedarride, De faillites, n. 1204; Dalloz, Rép., V. Faillite, n. 1386 — Corte d'Amiens 7 gennaio 1853, Suize c. N. — Corte di Nantes 2 dicembre 1863, Chaudes c. Maurice Mathieu — Corte di Douai 16 agosto 1869, Morell c. Lequesac — Cass. Fr. Crim. 2 dicembre 1826 e 17 marzo 1853, Suize

(2) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 61; Massé, Le dr. comm. etc., n. 110 e 111; Dalloz, Rép. V. Commerçant, n. 146 a 149; Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. I, n. 60.

nos ea res mansisset » (1). Gli aventi causa sono *universali* o *singolari*. I primi sono quelli i quali, continuino o no la persona del loro autore, succedono nella totalità od in una quota parte de' suoi beni; e tali sono gli eredi legittimi, i successori irregolari, il figlio naturale, il coniuge sopravvivente, ecc. I secondi sono quelli che non succedono al loro autore che per un oggetto particolare soltanto, e così per modo di esempio, il compratore, il donatario, il cessionario (2). Le discussioni seguite in seno alla Commissione legislativa sul Codice Civile (seduta 4 maggio 1865) confermano che per *aventi causa* s'intendono anche i *successori singolari*, e ciò in senso dell'odierna giurisprudenza, pronunziatasi contrariamente al principio del giure Romano, che i diritti personali non passassero di regola nel successore a titolo singolare. — All'*avente causa* si contrappone il *terzo* propriamente detto, che è quello che è al tutto estraneo alle parti ed alla convenzione, e che i dottori appellano appunto *penitus extraneus* (3).

Per altro non potrebbe impugnarsi l'obbligazione del minore il quale con raggiri o mezzi dolosi avesse occultato di essere tale, coll'avvertenza però che a costituire in dolo il minore non basterebbe la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore. Così in termini espressi l'art. 1305 del Codice Civile, con disposizione che ritrae da quella della L. 3 Cod. *Si minor se majorem dixerit*, la quale, in conformità anche alla L. 32 Dig. *De majorib*, intimava al minore che « Si alterius circumvenendi causa, minor aetate, majorem te probare aspectu laboraveris, cum malitia supleat aetatem, restitutionis auxilium..... denegari statutum est », spiegando però che « si per injuriam vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum, durabit beneficium quo minoribus, causa cognita, subveniri solet »: d'onde appare che non fu necessaria, come altri ha creduto,

(1) L. 67, Dig. De contrah. empt.

(2) Dalloz, Répert. V. Tiers, Ayant cause, n. 1 e seg.

(3) Sul significato della parola *terzo* e sulle distinzioni relative, possono vedersi il Dalloz, loco cit. e V. Obligations, n. 3914 e successivi, e gli scrittori ivi citati; non che la Cass. di Firenze 30 nov. 1874, Stolfo c. Padovan, e la C. d'App. della stessa città 26 sett. 1871, Micheli c. Scarpaccini.

l'esperienza dei secoli successivi al diritto romano, per prevedere il pericolo che l'altro contraente, affin di eludere la legge, mettesse in bocca al minore la dichiarazione di essere maggiore, e per provvedere al pericolo medesimo.

Anche nella specialità del diritto commerciale, gli antichi maestri insegnarono non essere bastevole la dichiarazione fallace, ma essere pur necessario il dolo.

« Qui aliquid contra veritatem assereret (scrive il CASAREGIS), puta se majorem vel emancipatum esse, quo in caso distinguunt doctores, quod si assertio provenit ex dolo proprio ipsius asserentis, ad decipiendum scilicet contrahentem secum, ei non suffragatur statutum..., quia deceptis et non decipientibus jura subveniunt; secus vero, cessante deceptione, sive assertione et suasione dolosa, ex qua altera pars fuerit inducta ad contrahendum vel aliquid peragendum... » (1); ed altrove egli dà l'esempio di obbligazione dichiarata valida per avere il minore affermato con giuramento di essere maggiore, « ne fraus et dolus eidem patrocinetur », nel concorso delle seguenti circostanze, cioè che si trattava « de contractu gesto a persona industriosa, sagace et quae rerum humanarum experientia habebat, propriaque et aliena negocia gerebat... » (2).

Non potrebbe del pari impugnarsi l'obbligazione del minore che avesse ottenuto l'assenso dell'altro contraente mediante un reato, come facendosi credere maggiore con falso atto di nascita, od emancipato ed autorizzato con atti falsificati, e ciò per lo stesso principio invocato superiormente che « deceptis et non decipientibus jura succurrunt », e per argomento dell'art. 1306 del Codice Civile, che stabilisce il minore essere pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto (3).

19. È anche opportuno di avvertire che laddove un singolo atto di commercio per il minore si stipulasse da un terzo, il quale avesse promesso il fatto del minore medesimo, il contratto dovrebbe repu-

(1) Disc. 105, n. 19 e 20.
(2) Disc. 181, n. 16 e 17.
(3) PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 61.

tarsi valido e come stipulato fra persone capaci, in questo senso, che il contraente capace rimarrebbe vincolato finchè nel termine che fosse fissato nel contratto, ed in difetto nel termine che fosse per istabilirsi dall'autorità giudiziaria, si ottenesse l'autorizzazione al contraente incapace, o questi, dopo divenuto capace, ratificasse l'obbligazione stata per lui assunta, nel qual caso lo stesso contraente capace rimarrebbe libero da ogni impegno, e sarebbe costituito nella condizione giuridica di mandatario, perchè « ratihabitio mandato aequiparatur » (1); e nel caso invece in cui non intervenisse nè l'autorizzazione, nè la ratifica, colui che avesse promesso per l'incapace sarebbe obbligato a prestare la esecuzione del contratto od il risarcimento dei danni ed interessi per effetto della sua promessa, la quale è qualche cosa di diverso dalla fidejussione propriamente detta (2).

20. L'adempimento delle condizioni surricordate per abilitare il minore al commercio, non solamente è necessario, ma deve aver preceduto l'esercizio del commercio, e cioè le condizioni medesime debbono trovarsi adempiute quando dal minore si esercita il commercio, o si addiviene agli atti di esso che siano stati specialmente autorizzati, affinchè l'esercizio o gli atti di commercio siano validi.

La nullità che in difetto di detto preventivo adempimento si verificherebbe essendo nullità relativa, la quale il minore stesso può invocare quando sia divenuto maggiore, non può altri privarlo del relativo diritto col sanare la nullità medesima: inoltre l'ultimo capoverso dell'art. 9 e l'art. 10 stabiliscono precisamente che prima della registrazione ed affissione degli atti di emancipazione e di autorizzazione il minore non può imprendere l'esercizio del commercio, nè fare atti commerciali: d'onde la conseguenza che il compimento di queste prescrizioni e la ratifica da parte del genitore o del Consiglio di famiglia non potrebbero avere effetto per il

(1) L. 12, § 4 Dig. De solut.

(2) Art. 1129 del Codice Civile; V. Larombière, Théorie et pratique des obligations, sull'art. 1120, n. 2 e 7; Toullier, Le dr. civil français, tom. 6, n. 136; Laurent, Principes de dr. civ. français, tom. xv, n. 543 a 546.

passato, e gli atti anteriori non potrebbero essere resi validi (1); come sarebbe inutile espediente quello cui si ricorresse, di far rinnovare sotto una data posteriore all'autorizzazione regolare, un titolo che si riferisse ad atti anteriori, salvo solo il caso di una ratifica espressa che contenesse la sostanza dell'obbligazione, il motivo che la renda viziosa e la dichiarazione che s'intende di correggere il vizio stesso (2).

21. La disposizione dell'art. 11 che permette ai minori commercianti non solo d'ipotecare, come sotto la precedente legislazione, ma anche di alienare i loro beni immobili, senza più sottoporli alle formalità stabilite nell'art. 319 del Codice Civile, è giustificata dai motivi sovra riportati (3), ed è certamente più logica della disposizione del precedente Codice, risultato dal temperamento che era stato adottato negli studi preparatorii del Codice di Commercio Francese, nei quali si trovavano a fronte i due sistemi, dell'accordare cioè al minore autorizzato a fare il commercio piena libertà di disporre per i bisogni del suo commercio medesimo anche dei suoi beni immobili, e del volere invece circondare ancora di cautele quelle che si dicevano la debolezza e la inesperienza proprie della sua età (4); dappoichè se queste non formavano ostacolo all'ipotecare, non potevano formarlo nemmeno al vendere gli stabili, perchè l'ipotecare può equivalere al vendere.

Per quanto poi la facoltà accordata ai minori esercenti il commercio d'ipotecare e di alienare i loro beni immobili abbia la sua ragione di essere nella loro condizione di commercianti, pur tuttavia non potrebbero i relativi contratti impugnarsi perchè il danaro ricavatone non avesse per avventura servito al commercio del minore: è manifesto difatti che il terzo il quale dà danaro a mutuo con ipoteca, o paga il prezzo degli stabili comprati, non può essere obbligato, nel silenzio della legge, a controllare l'uso che il

(1) Delamarre e Lepoitvin, tom. I, n. 60.

(2) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 61; Bedarride, Des commerçants, n. 85 e 97.

(3) Su questi articoli, I, n. 4.

(4) Locré, Lég. civ. et comm., tom. 17, pag. 136.

minore commerciante faccia del danaro medesimo; e d'altronde la legge non poteva dichiararlo senza cadere in contraddizione, assoggettando quasi ad una tutela del mutuante o del compratore, il minore che si volle libero nell'esercizio del suo commercio.

22. L'art. 12, con cui si prescrive che il genitore investito della patria podestà ed il tutore non possono continuare l'esercizio di un commercio nell'interesse di un minore senza le autorizzazioni, quanto al primo del Tribunale Civile, e quanto al secondo del Consiglio di famiglia, omologato dal Tribunale medesimo, e senza le relative pubblicazioni, viene a cambiare la giurisprudenza, che quanto al genitore si era oramai stabilita in senso diverso; e ciò si è fatto, perchè si è reputato che in presenza delle pericolose eventualità del commercio, fosse prudente circondare il minore anche in questi casi di maggiori guarentigie (1).

Per ragione di analogia si deve poi applicare la disposizione medesima anche al caso della continuazione del commercio nell'interesse di un interdetto maggiore di età (2).

Laddove la continuazione dell'esercizio del commercio fosse obbligatoria per il minore, e per la ragione di analogia ora accennata, dicasi lo stesso per il maggiore interdetto, il che accadrebbe quando per cagione di eredità il minore o l'interdetto si trovassero far parte di una società di commercio, nella cui costituzione fosse stato stabilito il patto che essa dovesse per un determinato tempo continuare anche cogli eredi del socio che venisse a morire, dovrebbe farsi eccezione, secondo il mio modo di vedere, alla regola dell'art. 12; e ciò perchè oltre allo aversi lo apprezzamento già fatto dall'autore intorno alle eventualità del commèrcio, che ha dovuto ritenere non pericolose se vi ha vincolato i proprii eredi, si avrebbe appunto siffatto vincolo che con la eredità sarebbe passato al minore od all'interdetto, dal qual vincolo essi non potrebbero sfuggire senza esporsi alla conseguenza del risarcimento dei danni, che renderebbe deteriore la loro con-

(1) Su questi articoli, I, n. 6.

(2) VIDARI, Corso di dir. comm., tom. I, n. 134.

dizione, esponendoli alla sicura perdita, rappresentata da tale risarcimento, senza farli fruire dell'alea del guadagno della continuazione del commercio.

Laddove poi il genitore che esercita la patria potestà od il tutore trovassero che nelle circostanze speciali del caso, o per cagioni sopravvenute od altrimenti, come, per esempio, per la cattiva prova fatta dal commercio dopo la costituzione della società da parte dell'autore, o per la poca perizia o prudenza di chi dovesse rimanere alla direzione della società medesima, la sua continuazione potesse essere rovinosa, in tal caso potrebbero cercare di addivenire allo scioglimento, valendosi dei mezzi ordinari e colle relative autorizzazioni, a termini del Codice Civile.

Quanto al commercio che nell'interesse di minori o d'interdetti si trovasse in esercizio all'attuazione del presente Codice, senza aver ottenuto l'autorizzazione di cui nell'art. 12, come dai più prudenti si praticava anche prima della sua osservanza, e qualche sentenza aveva ritenuto necessaria, per avventura provvederanno le disposizioni transitorie, che mentre scrivo non sono per anco emanate, ed in tal caso si dovrà adoperare in conformità alle medesime; ma se esse non avessero a provvedere, penso che faranno cosa prudente quei genitori e quei tutori che domanderanno l'autorizzazione, e quelle parti contraenti con costoro che la richiederanno, perchè dubito assai dell'applicabilità del principio che la legge non dispone che per l'avvenire e che essa non ha effetto retroattivo (art. 2 delle Disposizioni sulle leggi in generale), trattandosi della *continuazione* dell'esercizio del commercio, e quindi di cosa che mira all'*avvenire* appunto, e non al passato (1): essendo del resto ben inteso che l'autorizzazione non sarebbe mai necessaria per il compimento di quegli atti che non fossero che il complemento e la esecuzione di speciali negoziazioni già conchiuse e di impegni precedenti.

23. La ragione per la quale si richiede il consenso maritale affinchè la moglie possa esercitare il commercio, a cui s'informa

(1) L'art. 2 del R. Decreto 14 dicembre 1882, n. 1113 (serie 3ª), contenente le disposizioni transitorie suaccennate, e pubblicato mentre faccio le ultime correzioni, dispone appunto in tal senso.

la disposizione dell'art. 13, trovasi autorevolmente spiegata e giustificata nella Relazione della Commissione del Senato del Regno sul primo Libro del Progetto, che poi divenne il vigente Codice Civile: « Non si potrebbe ammettere che la moglie disponesse ad insaputa, ed anche contro il volere del marito, di beni che sono destinati, al pari di quelli del marito stesso, a mantenere, educare ed istruire la prole. Indipendenza siffatta della moglie, oltre di offendere i diritti della famiglia, sarebbe contraria al principio della protezione che il marito deve alla moglie, e che sarebbe vana ed illusoria quando egli non le potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsigliati; alla deferenza che la moglie deve al marito, capo della famiglia, e più atto per disposizione di natura a tutelarne gli interessi e ben dirigerne gli atti più importanti della vita civile; infine a quella unità e comunione individua di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei coniugi. Tale unità e tale comunione si troverebbero esposte a continue e pericolose perturbazioni, ove la moglie potesse agire circa i suoi beni in modo indipendente dal marito. Invano s'invoca l'esempio delle donne nubili, perchè la loro condizione è troppo diversa da quella delle maritate per poterla pareggiare in ciò che riguarda il loro patrimonio. Sono i vincoli di moglie e di madre, sono i principii costitutivi e gl'interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio di ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola d'ordine, di armonia e di conservazione della economia domestica (1).

Opportunamente venne presso di noi parificato dalla legge il consenso tacito all'espresso, come in omaggio alla consuetudine è dalla giurisprudenza e dalla dottrina ammesso sotto altre legislazioni, poichè in questa materia deve ricevere applicazione la massima *qui probibere potest, et non probibet, consentire videtur* (2);

(1) Relazione della Commissione Senatoria sul Progetto del Codice Civile (Relatore il Senatore VIGLIANI), pag. 51 e 52.

(2) Nei lavori preparatori del Codice di Commercio Albertino possono vedersi le ragioni addotte a giustificazione dell'ammessione del consenso tacito, e contro le obbiezioni del Senato di Genova — Prima minuta del Codice di Commercio,

ed a ragione del pari, dall'un lato fu stabilito che il consenso si presume quando l'esercizio della professione di commerciante da parte della moglie sia pubblico e notorio, perchè la convivenza, che è lo stato normale e legale dei coniugi, assicura non potersi l'esercizio stesso ignorare dal marito, e d'altro lato la legge ha imposto al marito la forma con cui soltanto possa sfuggire alle conseguenze della detta presunzione, cioè quella di una dichiarazione espressa in contrario, da registrarsi nella cancelleria e da essere affissa nella sala del Tribunale di Commercio, non che in quella del Comune e nei locali della Borsa più vicina, dappoichè è necessario diffidare il pubblico della fallacia delle apparenze, che farebbero credere al tacito consenso del marito, e quindi alla legittimazione del commercio della moglie.

Il consenso tacito del marito, che per legge si desume dall'essere pubblico e notorio l'esercizio del commercio della moglie, può pure desumersi da altre circostanze che siano atte ad indurlo; e l'apprezzamento, sia dei detti caratteri di notorietà e pubblicità, sia delle altre circostanze che valgano ad indurre appunto il consenso tacito del marito, dipende dalle particolari condizioni dei casi, mal si potrebbe definire *a priori*, ed è lasciato al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria (1).

È ben naturale che il marito, come può negare il suo consenso a che la moglie diventi commerciante, così può circoscrivere entro certi limiti il consenso medesimo: in tal caso, e purchè codesti limiti formino oggetto di relativa pubblicazione nei modi stabiliti nell'art. 9, la moglie non si obbligherà efficacemente che nella cerchia loro; salvo però il caso in cui l'esercizio del commercio della moglie abbia successivamente preso più largo sviluppo in modo pubblico e notorio, sì da far presumere il consenso tacito del marito, o dalle circostanze possa altrimenti desumersi il consenso tacito medesimo, che verrebbe in modo illimitato ad aggiungersi a quello che fosse stato dato in modo circoscritto.

pag. 3; e Risposte della R. Commiss. di Legislaz. alle Osservazioni dei Senati, ecc., pag. 26 e seg.

(1) Su questi articoli, I, n. 7.

Quanto ai singoli atti di commercio, ai quali la moglie voglia addivenire senza essere mercantessa, e che rientrino nella sfera di quelli che per gli art. 134 e seg. del Codice Civile essa non può compiere senza l'autorizzazione o maritale o giudiziale, dovrà ottenere l'autorizzazione medesima, come fu ritenuto nei lavori preparatori legislativi (1), e così quando essi importino, non dirò donazione, perchè in commercio nulla si dona, ma alienazione di beni immobili, vincoli ipotecari dei medesimi, mutui, cessione o riscossione di capitali, sicurtà, e transazioni o discussioni giudiziali relativamente a tali atti; ed a questo riguardo giova avvertire che nelle discussioni che si fecero assai vive nell'occasione della compilazione del Codice Civile « prevalse il concetto . . . del restringere la serie dei casi e degli atti in che abbia ad intervenire l'autorizzazione maritale, tolto a norma il criterio di sommettere alla necessità dell'autorizzazione quei soli atti singolarmente, che per la intrinseca gravità loro richiedessero il concorso adesivo del marito, in ossequio non pure all'autorità morale del capo della famiglia, ma sì pel buon governo della famiglia stessa (2) », e giova pur soggiungere che la giurisprudenza è oramai pacifica nel ritenere ristretta la serie degli atti per i quali la donna maritata abbisogna dell'autorizzazione, a quelli soltanto indicati nell'art. 134 Codice Civile, e non essere ammessa l'interpretazione estensiva (3).

24. Come si è pure veduto superiormente (4), colla disposizione del penultimo capoverso dell'art. 13 si vollero mettere in armonia nella materia dell'autorizzazione della moglie ad esercitare il commercio le disposizioni di questo Codice con quelle del Codice Ci-

(1) Su questi articoli, I, n. 13.

(2) Relazione sul Codice Civile al Re del Ministro Guardasigilli, in udienza 25 giugno 1865.

(3) Cassaz. Torino 15 aprile 1874, C. c. Q., e 15 novembre 1876, Pallavicini c. Gropallo; Cassaz. Napoli 4 luglio 1874, Palma c. Catalano; App. Casale 22 agosto 1866, Berruti c. Calcagno; App. Milano 4 marzo 1868, Strada c. Gillio; App. Palermo 15 maggio 1872, Palmisano c. Coccia.

(4) Su questi articoli, I, n. 7.

vile, relative all'autorizzazione in genere della donna, maritata a certi atti più importanti della vita civile: e per tal guisa rimane stabilito, che la donna maritata maggiore di età può esercitare il commercio senza bisogno di alcuna autorizzazione, quando il marito sia minore, interdetto ed anche inabilitato — poichè la dottrina e la giurisprudenza assimilano quest' ultimo all'interdetto, essendo anch'egli come l'interdetto nella impossibilità di esercitare il patronato famigliare (1) — assente o condannato a più di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena, e quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito (art. 135, num. 1° e 2° del Codice Civile): e che se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie o se trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso, è necessaria l'autorizzazione del Tribunale Civile: il quale non può concedere l'autorizzazione medesima, se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in Camera di consiglio, salvi i casi di urgenza (art. 136).

Per tal guisa venne presso di noi legislativamente regolata questa materia, essendosi benanche spiegato che si vuole propriamente l'intervento del Tribunale (2), e si sono eliminate le divergenze che si verificano sotto l'analoga legislazione francese, poichè quando il marito non può dare il consenso, alcuni scrittori rimandano la moglie al Tribunale per l'autorizzazione (3), altri vogliono che ricorra ai genitori od al Consiglio di famiglia del marito (4), ed altri ancora sostengono dover essa rinunciare al commercio, in difetto di chi possa impartirle l'autorizzazione (5).

(1) Pacifici-Mazzoni, Istit. di dir. it., 2ª ediz., libro I, pag. 255; Borsari, sull'art. 136 Cod. Civ.; Bianchi, Corso di dir. civile, vol. II, pag. 639 e seg.; Paoli, Della dote, pag. 142; Demolombe, Cours de Code Civ., tom. IV, n. 226; Laurent, Principes de dr. civ. français, tom. III, n. 132; Massé, Le dr. comm. etc., n. 1114, ecc; App. Firenze 1° marzo 1873, Forgoni c. Nervini e Doni; App. Torino 23 febb. 1878, Ottolenghi c. Carassi del Villar.

(2) Su questi articoli, I, n. 14.

(3) Molinier, Tr. de dr. comm., tom. I, pag. 141; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 63; Duranton, Cours de dr. civil, tom. II, n. 478.

(4) Orillard, De la comp. comm., n. 167; Dalloz, Rép., v. Commerçant, n. 175.

(5) Nouguier, Des Trib. de comm. etc., tom. I, pag. 262.

È poi ben inteso che nei casi, nei quali non basta il consenso del marito, come allorquando vi sia opposizione d'interesse fra i coniugi, od il marito sia assente ecc., non si può parlare di consenso tacito, perchè dove non basta l'espresso, tanto meno può bastare il consenso tacito, ed è necesaria l'autorizzazione del Tribunale (1).

25. Relativamente al caso in cui il marito sia *assente*, si dubita se questa qualificazione debba intendersi nel senso suo legale, quale è portato dagli art. 20 e 22 e seguenti del Codice Civile, cioè dell'assenza *presunta*, per avere la persona cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie, e dell'assenza *dichiarata* per sentenza di Tribunale, oppure anche dell'assenza semplicemente *di fatto*, cioè della residenza del marito in luogo diverso e lontano da quello in cui si trova la moglie.

Sarebbe interpretazione troppo rigorosa della legge la prima: ma per andare alla seconda conviene che si tratti di una vera *residenza* del marito in luogo diverso e lontano da quello in cui si trovi la moglie, cioè della *dimora sua abituale*, la quale costituisce la *residenza*, giusta il capoverso dell'art. 16 del Codice Civile, e non di una semplice *temporanea dimora*.

Si è veduto (n. 23) che le ragioni dell'autorizzazione maritale consistono in questo, che l'assoluta indipendenza della moglie offenderebbe i diritti della famiglia, sarebbe contraria al principio della protezione che il marito deve alla moglie medesima, alla deferenza che questa deve a quegli, non che alla unità e comunione individuale di tutte le cose della vita, che costituisce l'essenziale carattere della società coniugale: ora queste ragioni dell'autorizzazione maritale vengono meno anche quando il marito non sia veramente in istato di assenza *presunta* o *dichiarata*, ma abbia stabilita la sua *dimora abituale* in luogo diverso e lontano dalla moglie, perchè in tal caso più non si può parlare nè di famiglia, nè di protezione dell'uno, nè di deferenza dell'altro coniuge, nè di unità e comunione delle

(1) Cassaz. Torino 21 giugno 1872, Antonini c. Dominoni.

cose della vita, e perciò deve applicarsi la règola dell' « ubi est eadem ratio legis, ibi eadem est legis dispositio »; ma invece le ragioni medesime dell'autorizzazione maritale non verrebbero meno quando si trattasse di semplice *temporanea dimora*, sia pure in luogo lontano, tanto più che con un illustre scrittore si può domandare se possano invocarsi le distanze, ora che non esistono più, e che riescirà sempre possibile e forse ancora agevole alla moglie di chiedere l'autorizzazione al marito che dimori temporaneamente altrove, e considerando poi come rifiuto anche il suo silenzio, ricorrere al Tribunale per la sua autorizzazione, in senso dell'art. 136 Codice Civile.

La giurisprudenza italiana è favorevole all'opinione da me manifestata (1); ed invece gli scrittori nostri dimostrano maggior rigore, inclinando ad intendere l'*assenza* nel senso legale e tecnico di cui negli art. 20 e seg. del Codice Civile, e ritenendo che la semplice lontananza del marito non esoneri la moglie dal bisogno della sua autorizzazione, se non nel caso in cui per ragione di tempo o di luogo induca una vera impossibilità di ottenere la stessa di lui autorizzazione (2). Per i motivi or detti questa teoria mi sembra ancora troppo rigorosa, e che conseguentemente debba essere temperata nel senso suindicato.

Sotto l'impero poi dell'art. 222 del Codice Civile Francese, che ha disposizione analoga al nostro art. 135, n. 1°, ma nel senso però non di dispensare la moglie da ogni autorizzazione, e soltanto di sottoporla a quella del giudice, le opinioni sono pur divise; e la maggioranza degli scrittori e la giurisprudenza inclinano a rite-

(1) Nel senso suindicato della maggiore larghezza: App. Torino 14 aprile 1868, Beauffremont c. Bellom; App. Milano 19 dicembre 1871, Zaccheo c. Delfrate; App. Genova 5 aprile 1875, Gaggero c. Medica; App. Brescia 15 marzo 1878, Ditta Badini c. Coggi. — *Contra*: App. Genova 22 marzo 1880, Anselmi c. Pegollo.

(2) PACIFICI MAZZONI, Istituzioni, vol. 2, n. 209; PAOLI, Della dote e dei beni parafernali, n. 165; BIANCHI, Corso di dir. civile, vol. 2, n. 173 e 174; BORSARI, Comm. al Codice Civile, § 352.

nere sufficiente l'assenza semplicemente di fatto, con ciò però che non si scambi con un semplice viaggio che il marito facesse (1).

26. *L'opposizione d'interesse* fra marito e moglie, nel verificarsi della quale è richiesta l'autorizzazione del Tribunale Civile invece di quella del marito, ha dato luogo a molte discussioni e divergenze nella dottrina e nella giurisprudenza. La relativa teorica mi sembra assai bene esposta in una sentenza della Corte di Cassazione di Torino, in conformità anche ai precedenti legislativi, relativamente ai quali giova ritenere che il Progetto Senatorio del Codice Civile avrebbe voluto che fosse necessaria alla moglie l'autorizzazione del Tribunale ogni volta che si trattasse di *atto nel quale il marito avesse interesse;* ma la Commissione Legislativa, sulla proposta del prof. Mancini, stabilì che l'autorizzazione del Tribunale dovesse intervenire nel solo caso in cui il marito avesse nell'atto *un interesse attuale in opposizione a quello della moglie, e non quando vi avesse un interesse eguale* (2).

Dopo di aver considerato che quando trattasi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse fra il marito e la moglie, il legislatore ha ritenuto che, tenuto conto dell'impero che pur troppo esercita sull'animo dell'uomo l'interesse, non potevasi così facilmente supporre tanta abnegazione nel marito, da postergare l'utile proprio a quello della moglie, l'accennata sentenza soggiunge: « Sarebbe grave errore il credere che quando un atto considerato in sè stesso e nella attualità delle cose non presenti alcuna collisione d'interessi fra marito e moglie, ma sia fra i possibili che nell'avvenire, coll'avverarsi di qualche circostanza, possano forse da quest'atto sorgere tali conseguenze per cui venga a verificarsi un urto di opposti interessi tra marito e moglie, ciò basti perchè debba senz'altro ritenersi necessario l'intervento in quell'atto del Tribunale. Ognun vede come ammessa una tale teoria, si andrebbe oltre quanto

(1) Demolombe, Cours de dr. civil franc., tom. vi, n. 214, e Laurent, Principes de dr. civil franc., tom. iii, n. 187.

(2) Proc. Verb. della Commiss. Legislativa del 1865 pel Codice Civile, n. 16, § iv, pag. 170.

indica la lettera della legge, ed oltre quanto persuade la ragione che la informa. — Difatti nell'art. 136 Codice Civile è detto: *se trattisi di un atto nel quale siavi opposizione.* Il legislatore usò parole che accennano ad un'attualità presente, non ad una possibilità futura. Allora vi ha luogo l'intervento del giudice in un atto, quando dall'atto stesso sorge un urto d'interesse fra marito e moglie: ivi non si contempla un'opposizione possibile, ma un'opposizione positiva, quella opposizione che è conseguenza attuale ed inevitabile dell'atto stesso. Così persuade anche il concetto che informa la legge: l'idea di opposizione d'interesse rivela un duplice rapporto di fatto e di diritto fra due persone, produttivo di effetti giuridici fra loro contrari, per modo che l'oggetto della stipulazione, mentre giova all'uno dei contraenti e si risolve in un atto di suo interesse attuale, nuoce per contro all'altro. — E partendo da siffatta base, la giurisprudenza di questa Corte stabilì come criterio direttivo in ordine all'applicazione dell'art. 136, esistere opposizione d'interesse quando la donna obbligandosi fa cosa utile al marito e dannosa a sè; e colla scorta di questo criterio fu giudicato essere necessaria l'autorizzazione giudiziale quando trattasi di atto in cui la moglie acceda come sicurtà all'obbligazione già assunta dal marito per un mutuo contratto allo scopo di provvedere alle domestiche emergenze: per contro non essere necessaria tale autorizzazione nel caso in cui marito e moglie si riuniscono per venire in soccorso del genero negoziante, col rendersi amendue avallanti a di lui favore di un titolo commerciale (1) ».

Il principio pertanto è questo, che *l'opposizione d'interesse* fra fra il marito e la moglie deve essere *positiva* ed *attuale* e non semplicemente *possibile* e *futura;* ed opportunamente la Corte Suprema di Torino ha aggiunto i due esempi suaccennati, attinti dalla sua giurisprudenza, per far comprendere il significato del principio stesso. Ma convien guardarsi dalle applicazioni erronee del principio, a cui più di una volta si è cercato di trarlo.

Così si è sostenuto, ma a torto, che nella fidejussione che la

(1) Cassaz. Torino 24 agosto 1876, Botticelli c. Salomoni Provasoli.

moglie presti al marito, nella ipoteca che essa consenta sui propri beni, che è anche una specie di fidejussione reale, nella obbligazione solidaria della moglie col marito, la quale si risolve in una mutua fidejussione, salva la divisione di diritto fra di loro (art. 1186 e 1198 del Codice Civile), non vi sia opposizione d'interesse attuale. ma possa soltanto verificarsi in futuro, quando cioè il creditore chieda alla moglie il pagamento del debito che stia in tutto od in parte a carico del marito.

La succitata sentenza della Corte di Cassazione di Torino è intervenuta nel caso di un mutuo contratto dal marito per i bisogni del suo commercio e d'ipoteca consentita dalla moglie sui suoi stabili in garanzia del medesimo, ed in ciò si è veduto un *danno attuale* della moglie, com'era chiaro, perchè il suo patrimonio, non più libero, non poteva più prestarsi a quegli usi ed a quei vantaggi di cui sarebbe stato suscettivo senza quel peso.

Ma anche quando non vi abbia veramente un *danno attuale*, come accadrebbe nella *obbligazione* semplicemente *personale*, contratta dalla moglie in via di fidejussione per il marito, vi sarebbe pur sempre *opposizione positiva ed attuale d'interesse*, come venne posto in luce da una sentenza della Corte di Cassazione Fiorentina, che ha modificato la precedente sua giurisprudenza, e la qual sentenza venne pronunciata in una specie in cui si trattava appunto di obbligazione soltanto personale, assunta dalla moglie solidariamente col marito, ed in cui la Corte d'Appello aveva creduto di poter escludere l'opposizione attuale d'interesse. Per la importanza della quistione, mi sembra opportuno riportare con una certa estensione la motivazione anche di questa sentenza.

Essa comincia dal giustificare così la necessità dell'autorizzazione giudiziale nelle due ipotesi in cui si tratti, o d'interesse esclusivo del marito, o d'interesse comune ad entrambi i coniugi, essendo del resto manifesto che nella ipotesi di obbligazione nell'interesse esclusivo della moglie, contratta anche dal marito, non può essere necessaria l'autorizzazione giudiziale.

« Se l'obbligazione riguardi l'esclusiva utilità del marito, ognun vede che la donna coll'obbligarsi solidalmente, altro non fa che

accettare ed eseguire il mandato del marito stesso e garantire un di lui debito. E poichè il mandato *ad fidejubendum* contiene anco il mandato *ad solvendum* (come si ha dal testo della L. 47 Dig. *De condict. indebiti*, e si desume dall'art. 1201 del Codice Civile), ne segue che questo mandato conferito dal marito *in rem suam*, e pel quale la donna assume il peso di una obbligazione altrui, viene a creare quella opposizione d'interessi che rende inefficace la semplice autorizzazione del marito, avvegnacchè le regole del gius non consentano che taluno possa validamente compartire il suo consenso autorizzativo ad un atto che deve celebrarsi nel di lui particolare interesse: *nemo in rem suam auctor fieri potest* (1). — L'obbligazione poi comune non ad altra conseguenza menerebbe se non a questa, che ciascuno dei coniugi fosse tenuto a pagare la sua parte del debito e non più. Ma l'obbligazione comune solidale presuppone di necessità una mutua fidejussione fra i condebitori con reciproco mandato a pagare l'uno, oltre la propria, anco la parte di debito dell'altro, salva poi la divisione di diritto fra loro (art. 1198 del Codice Civile). Posto ciò, quelle stesse ragioni che renderebbero inefficace per la donna l'autorizzazione del marito a prestargli garanzia per un debito tutto suo, valgono a dimostrare la inefficacia di tale autorizzazione a garantirgli quella quota di debito che riguarda la di lui utilità particolare: *quod jus in toto, idem in parte* ».

Poi la sentenza continua confutando l'obbiezione, « che l'art. 136 del Codice Civile richiedendo l'autorizzazione giudiziale allorchè trattisi di un atto *nel quale siavi opposizione d'interesse*, non sia applicabile quando tale opposizione non sia attuale, ma possa soltanto verificarsi in futuro, quando cioè il creditore chieda alla donna il pagamento integrale di un debito, che in tutto od in parte fa carico al marito », e scrive: « Siffatto obbietto confonde l'*attualità del danno* coll'*attualità dell'opposizione d'interesse*. Certamente per il debito del marito non potrà essere attuale il danno della

(1) Massima desunta dai testi « Ipse tutor in rem suam auctor fieri non potest » (ULP., 11, fr. 24), ed « Iniquum est aliquem suae rei judicem fieri » (L. 27, ff. I, De judic.).

moglie, ma non così la opposizione d'interesse, la quale sorge al momento stesso in cui l'atto si celebra. Se infatti è d'interesse del marito che la moglie garantisca un di lui debito, non è davvero d'interesse della moglie di prestare questa garanzia, imponendosi attualmente il peso di una obbligazione che nei suoi risultati può condurla anco alla perdita del suo patrimonio, e forse senza speranza di rivalsa sui beni del marito medesimo. Quindi interesse opposto attuale, quindi necessità che non il marito, ma il giudice, esaminate le circostanze del fatto, vegga se ricorrano cause giuste, per le quali sia necessario, utile o conveniente che la moglie presti quella garanzia che il marito le chiede, e prudentemente provvegga, ove d'uopo, ai mezzi di assicurare ad essa quella rivalsa cui per legge ha diritto » (1).

Agli stessi concetti è ispirata un'altra sentenza dottissima di altra Corte Suprema del regno, che precedette di un anno circa quella ora citata, e che ebbe a giudicare in tema di fidejussione solidaria della moglie pel marito, toccando anche la quistione della obbligazione comune (2).

Vuolsi ritenere pertanto che la opposizione d'interessi col marito, per la quale la donna maritata deve ottenere l'autorizzazione del Tribunale e non il solo consenso del marito medesimo, si verifica allorquando si tratti di cosa tale che nell'attualità vantaggi il marito con danno della moglie, nel qual caso soltanto può temersi che il marito, traviato dal proprio interesse, autorizzi la moglie a fare cosa che le sia pregiudizievole: il che ha luogo quando per obbligazione propria del marito la moglie presti fidejussione o si obblighi in solido con lui, od anche quando per obbligazione comune, essa si vincoli con lui solidariamente, nel quale ultimo caso essa presta fidejussione pel marito per la metà della obbligazione che sta a di lui carico: « quatenus enim ad utrumque pervenit, intelligitur principalis, in reliquo fidejussor » (3).

(1) Cassaz. Firenze 23 luglio 1877, D'Angiolo Nuti c. Marconi. — Conforme stessa Cassaz. 4 agosto 1881, Tonina Zago c. Bianciard e C.

(2) Cassaz. Roma 22 agosto 1876, Cosimini c. Delvecchio e Grognani.

(3) Baldo, in Leg. 17, § 2, ff. ad Sc. Vellejanum.

È poi noto che moltissime decisioni in vario senso sono intervenute su questa spinosa questione (1); e che parimenti in vario senso ne trattarono gli scrittori, e giustamente scrisse il citato ed illustre PAOLI poter dirsi che l'art. 136 sull'autorizzazione della donna maritata o sul significato della locuzione *opposizione d'interesse*, sia fra quelli che più hanno affaticato gli scrittori ed i Tribunali: come giustamente osservò l'avv. CARMI in una dotta nota alla seconda delle succitate sentenze nella *Giurisprudenza Italiana*, che norme generali e sicure per determinare se esista o no opposizione d'interesse non si possono dettare; ma è necessario esaminare con la massima diligenza le circostanze di fatto dei singoli casi, molto più quando si tratti di obbligazioni contratte in solido dai coniugi, le quali, specialmente se rivestite della forma concisa di un effetto commerciale, non possono a prima vista persuadere il magistrato a vantaggio di chi siano state contratte. E questa è opera lasciata ai giudici del merito.

In tanta divergenza di opinioni, farà opera prudente chi nel dubbio non trascurerà di richiedere l'autorizzazione giudiziale.

27. L'autorizzione della donna maritata essendo cosa che riguarda la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia, deve essere regolata dalla legge della nazione a cui appartiene il marito ed a cui appartiene pure per conseguenza la moglie (art. 9 e 14 del Codice Civile), in conformità all'art. 6 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale.

(1) Oltre alle due sentenze suindicate, cito le seguenti fra le molte: Cassazione di Torino 21 giugno 1872, Bellezza c. Dominioni; 6 giugno 1873, Bonino-Vercelli c. Ambrosetti; stessa data, Oneto c. Dassignorio, e 13 dic. 1873, Provera c. Marmano; Cassaz. Napoli 3 aprile 1873, Spinelli c. Abruzzesi; 12 giugno 1875, Cinque c. Caserta; 6 luglio 1876, Tocuné c. Greco, e 16 dicembre 1876, Del Giudice c. Cedronio; Cassaz. Firenze 9 gennaio 1874, Bartolini c. Marchettini; Cassaz. Roma 19 maggio 1876, Maquen-Reutat c. Trombetta. — E fra gli scrittori: PAOLI, Trattato della dote, Giornale delle leggi, 1876, pag. 346 e seg.; BIANCHI, Corso di dir. civ. ital., vol. 2, § 129 e seg.; RICCI, Corso di dir. civ., vol. 1, n. 199; SCOTTI, Dell'autorizzazione maritale, ecc., nell'Archivio giuridico, vol. 4, pag. 426, § 2 e seg.

28. Quanto al modo con cui si debba procedere per l'autorizzazione giudiziale alla donna maritata, si è dubitato se dovesse sempre ed a pena di nullità pronunziarsi la sentenza di cui è parola nell'art. 801 del Codice di Procedura Civile; e venne autorevolmente e giustamente deciso che ciò non sia necessario quando il marito non ricusi l'autorizzazione, ma sia impedito per legge di darla, da parte sua consenta all'atto di cui si tratti, ed il suo consenso manifesti coll'unirsi alla moglie nel chiedere l'autorizzazione giudiziale od altrimenti: difatti è soltanto quando il marito od espressamente od anche tacitamente rifiuta il suo consenso all'atto che la moglie intende di compiere, che nasce quel contrasto fra di essi, il quale dà luogo al giudizio e richiede la sentenza colla previa citazione del marito (1).

29. Tutto quello che si è detto finora suppone che la donna maritata sia maggiore di età; ma cosa dovrà dirsi quando essa sia ancora minore?

La sua condizione giuridica sarà quella di minore emancipata, perchè il minore è di diritto emancipato col matrimonio (art. 310 del Codice Civile); ed il dubbio sorge da che dall' una parte l'art. 9 di questo Codice stabilisce che i minori emancipati per esercitare il commercio devono essere autorizzati dal genitore o dal Consiglio di famiglia o di tutela, e d' altra parte l'art. 13 stabilisce a sua volta che la moglie abbia ad avere il consenso espresso o tacito del marito per poter essere commerciante.

Mi sembra che il dubbio medesimo vada risolto nel senso che anche quando la donna maritata sia minore d'età, basti il consenso del marito, perchè l'art. 13 non distinguendo tra moglie minore e moglie maggiore di età, esso deve applicarsi all'una ed all'altra per la regola che « ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus », e perchè ciò posto, lo stesso art. 13 che contempla in ispecie la moglie, anche minore, deve secondo i principii prevalere all'art. 9, che riguarda in generale i minori emancipati.

(1) Cassaz. Torino 6 giugno 1873, Oneto c. Dassignorio; Appello Torino 16 luglio 1869, Cerutti c. Certotti.

In questa soluzione del proposto dubbio mi conferma la considerazione che non è nello spirito della legge che perduri anche dopo il matrimonio la dipendenza della donna dai genitori, come non è nell'interesse della famiglia che si faccia luogo a quel conflitto che facilmente potrebbe nascere fra il marito ed il genitore: difatti nei lavori preparatori del Codice Civile, si giustificò la disposizione dell'art. 310, portante che il minore è di diritto emancipato per effetto del matrimonio, con la considerazione che « quando i figli col matrimonio danno origine a nuove famiglie, non potrebbero tenersi forzatamente riuniti alla famiglia primitiva, senza introdurvi elementi di contrasto e facili occasioni di rendere impossibili i buoni rapporti, che pur si vorrebbero perpetuare fra i genitori ed i figli », e si ginstificò la disposizione dell'art. 315 in quanto dichiara che la donna minore maritata ha per curatore il marito, dicendo che « per mantenere l'unità di famiglia fu stabilito che la donna minore abbia per curatore il marito . . .: restando vedova, ripiglia la sua forza l'autorità dei genitori, alla cura dei quali sarà sottoposta » (1).

Ed è manifesto che laddove in vita del marito si attribuisse al genitore l'autorizzazione all'esercizio del commercio della moglie minore, si contraddirebbe a queste giuste considerazioni del legislatore.

Un lodato scrittore, in applicazione dell'art. 4 del precedente Codice di Commercio, che non è diverso in sostanza dall'art. 9 succitato, ha espresso l'opinione che la moglie minorenne debba essere autorizzata al commercio dal padre, o dalla madre, o dal Consiglio di famiglia o di tutela con la omologazione del Tribunale, secondo i casi, e debba ottenere ancora il consenso espresso o tacito del marito (2); ma non mi sembra opinione preferibile a quella da me espressa.

Essa si fonda principalmente sull'argomento che la qualità di

(1) Relazione del Guardasigilli PISANELLI, sul Progetto del primo Libro del Codice Civile, al Senato del Regno, pag. 28 e 29.

(2) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 144.

curatore non basti a conferire il diritto di accordare o rifiutare l'autorizzazione necessaria ad un minore; e quest'argomento è combattuto dalla considerazione che nella opinione mia non attribuisco un tale diritto al marito quale curatore della moglie minorenne, ma invece glielo attribuisco quale marito, e non in virtù dell'art. 310 del Codice Civile, ma invece in forza dell'art. 13 del Codice di Commercio, il quale, come ho detto, non fa distinzione fra il caso di moglie maggiore e quello di moglie minore d'età.

E non mi sembra nemmeno che possa dirsi che la legge commerciale serbi il silenzio a tal riguardo, appunto perchè parla nell'art. 13 un linguaggio generale ed applicabile anche al caso di moglie minorenne; come infine mi sembra di aver dimostrato, contro l'ultimo argomento che il chiaro professore crede di poter ricavare dallo spirito della legge, che questo invece, non volendo conflitto tra la potestà patria e la potestà maritale, appoggia la soluzione del dubbio nel senso da me proposto.

È ben inteso che la soluzione medesima non può estendersi al caso in cui non si tratti della qualità propriamente di commerciante della moglie, ma soltanto di singoli atti di commercio, ai quali essa debba venir autorizzata. In tal caso cessa l'applicabilità dell'art. 13, e vengono in applicazione le regole del Codice Civile, come si è detto anche superiormente (n. 23 in fine), e così trattandosi di atti di commercio eccedenti la semplice amministrazione, sarebbe necessaria, oltre il consenso del curatore, l'autorizzazione del Consiglio di famiglia o di tutela, con la omologazione delle relative deliberazioni da parte del Tribunale, giusto l'art. 319 del Codice Civile.

30. Nell'art. 13 ultimo capoverso di questo Codice, come nell'art. 8 del Codice precedente, si è avuto cura di spiegare che la vendita da parte della moglie delle merci del traffico del marito non vale a costituirla commerciante; e ciò per evitare gli equivoci a cui può dar luogo questo fatto, che si ripete assai frequentemente. La moglie quindi non sarà reputata commerciante se non quando, nelle condizioni superiormente accennate, eserciterà un

commercio distinto e separato da quello del marito, come il Codice precedente spiegava nel capoverso dell'art. 8, e l'attuale ha reputato superfluo di dire. Allorchè il commercio della moglie non apparisca chiaramente distinto e separato da quello del marito, come quando si tratti dello stesso genere di negoziazione, dovrà presumersi fatto per conto del marito medesimo, capo dell'associazione coniugale, salve le prove in contrario che possano desumersi dai libri commerciali, dalla corrispondenza, dai ruoli delle tasse e simili: la decisione poi di tali controversie sfugge alla competenza delle Corti di Cassazione (1).

31. L'art. 14 determina le conseguenze della condizione di commerciante della donna maritata: essa può fare tutti indistintamente gli atti che riguardano il suo commercio, per i quali si applica la presunzione dell'art. 4, non diversamente del minore commerciante (n. 17): può pure stare in giudizio pei medesimi: quando sia in comunione di beni col marito, secondo il disposto del Codice Civile, obbliga anche il marito limitatamente agli utili della comunione (2); e può specialmente dare a pegno i suoi beni mobili ed ipotecare od alienare i suoi beni immobili indeterminatamente, cioè senza bisogno che codesti atti si riferiscano al suo commercio, perchè vi è presunzione *juris et de jure*, che servano al medesimo, e perchè d'altronde non sarebbe possibile, od almeno sarebbe troppo malagevole e pericoloso pei terzi, lo andare ricercando se abbiano servito, ovvero no, al commercio, anche nel particolare della moglie verificandosi quello che si è detto superiormente a riguardo del minore (n. 21).

Fra gli atti che la moglie mercantessa può fare senza autorizzazione, si annovera pure la fidejussione nel senso e nei limiti superiormente accennati quanto al minore commerciante, e la facoltà di compromettere, sempre per contestazioni che si riferiscano al

(1) Dalloz, Rép. V. Commerçant, n. 184 a 186 e 188; Cassaz. Franc. 27 marzo 1832, ivi.

(2) L'istituto però della comunione dei beni ripugna alle consuetudini Italiane e fu autorevolmente osservato che « sotto l'impero dei Codici Italiani

suo commercio, pel motivo pure sovra accennato trattando del minore commerciante (n. 15); nè potrebbe invocarsi in contrario l'autorità del MASSÉ, il quale nell'ultima sua opera (1), ritrattò l'opinione conforme a quella che esprimo, che aveva manifestata in altra opera sua precedente (2), ed insegnò che fosse necessaria l'autorizzazione del marito, perchè questa sua opinione si fonda sulla considerazione che in Francia non sia consentito alla moglie commerciante di stare in giudizio senza l'autorizzazione maritale, il che presso di noi non si verifica.

Due eccezioni sono state espressamente fatte dal nostro art. 14 alla larghezza di facoltà conceduta alla donna maritata che sia mercantessa.

La prima consiste nel non poter consentire ad ipotecare od alienare i beni dotali, fuorchè nei casi e nelle forme determinate dal Codice Civile; ed opportunamente il legislatore del commercio ha voluto rispettare questa materia tutta propria del diritto civile, il quale negli art. 1404, 1405 e 1407 ha conservato ancora se non tutte, talune almeno delle disposizioni ristrettive che erano state ispirate dall'antica massima *Republicae interest dotes salvae fieri*, volendo che la dote non possa essere alienata od ipotecata se non nel caso in cui nel contratto di matrimonio ciò sia stato permesso, o se vi concorrano il consenso del marito e della moglie e l'autorizzazione del Tribunale, che può darla soltanto nei casi di necessità od utilità evidente.

Secondo l'ultimo capoverso però dell'art. 1407 potendosi, a differenza di altre legislazioni, procedere dopo sciolto il matrimonio sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio, ciò naturalmente ha pur luogo

sembra non esser mai avvenuto il caso in cui dagli sposi siasi stipulata una comunione od una società dei loro beni, o se tal caso avvenne, fu così raro, che costituì un fatto isolato e senza importanza pel legislatore » (Relazione sul Progetto del terzo Libro del Codice Civile, presentato al Senato del Regno dal Guardasigilli PISANELLI, pag. 58).

(1) Le dr. comm. dans ses rapports, etc., n. 1127.

(2) Dictionn. du contentieux comm., V. Compromis, n. 11 in fine.

per quelle procedenti dall'esercizio del commercio; coll'avvertenza che in nessun caso potrebbe pretendersi a ragioni di prelazione o d'ipoteca per stipulazioni od atti fatti durante il matrimonio, sia pure da avere effetto dopo lo scioglimento, tale essendo l'intendimento del legislatore, che si ricava dalla Relazione del Guardasigilli al Parlamento sul Progetto del Codice Civile, il quale introdusse il detto ultimo capoverso dell'art. 1407, e dalle discussioni che ebbero luogo in seno alla Commissione legislativa del 1865, che ripristinò quel capoverso che era stato tolto dalla Commissione del Senato del Regno (1).

La seconda eccezione consiste nella proibizione fatta coll'ultimo capoverso dell'art. 14 alla moglie, ancorchè commerciante, di entrare in società commerciali, assumendo responsabilità illimitata, senza un'autorizzazione speciale del marito o del Tribunale; e ritenuto che a termini dell'art. 76 di questo Codice assumono responsabilità illimitata tutti i soci nella società in nome collettivo, ed i soci accomandatarii in quella in accomandita, la proibizione si concreta in quella di assumere senza la detta autorizzazione speciale qualità di socio nella prima specie di società, e qualità di accomandatario nella seconda.

Con questa disposizione legislativa il nostro Codice ha risoluto, secondo ragione e secondo l'opinione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza, la relativa quistione; dappoichè se un eminente scrittore non vede differenza fra la donna maritata ed il minore emancipato, e per conciliare le esigenze della rivocabilità del consenso ad intraprendere il commercio, esprime l'opinione che la società contratta dalla moglie autorizzata al commercio medesimo sia subordinata alla condizione risolutiva della revoca dell'autorizzazione, aggiungendo che i terzi i quali abbiano formata la società non possano lagnarsi di un avvenimento che essi avevano dovuto prevedere, conoscendo la revocabilità dell'autorizzazione data alla donna maritata per fare il commercio (2), la differenza fra

(1) Foschini, Motivi del Cod. Civ., sull'art. 1407.
(2) Massé, Le dr. comm. etc., n. 1121.

il caso del minore emancipato e la donna maritata esiste ed è assai rilevante sotto l'aspetto morale (1); e d'altronde non potrebbe accettarsi l'opinione della condizione risolutiva insita in quella specie di società, per il caso della rivocazione dell'autorizzazione, perchè, come di ragione, l'ultimo capoverso dell'art. 14 fa salvi anche dopo la revoca dell'autorizzazione i diritti acquisiti dai terzi, ed i soci si troverebbero precisamente in tale condizione.

La ragione della detta eccezione alla facoltà di commerciare indicava poi naturalmente i limiti nei quali doveva essere e fu contenuta, imperciocchè nè l'assunzione della qualità di accomandante nelle società in accomandita e di azionista nelle anonime, nè le associazioni in partecipazione, presentano gl'inconvenienti suaccennati.

Il detto capoverso dell'art. 14 esige un'autorizzazione *speciale* da parte del marito o del Tribunale, ma essa non esclude che possa essere anche *tacita* da parte del marito, non essendovi alcun motivo di derogare qui alla regola generale della prima parte dell'art. 13; ed è stato giudicato in Francia, dove prevale in dottrina ed in giurisprudenza, come si è veduto, il principio che presso di noi è disposizione legislativa, che l'autorizzazione speciale di cui si tratta può risultare dall'essere stata formata la società a scienza del marito e senza l'opposizione da sua parte, per far valere un' officina posta su terreno di sua proprietà (2).

Quanto all'autorizzazione da parte del Tribunale, mi sembra ben inteso che sia richiesta in tutti indistintamente i casi nei quali il marito non possa o non voglia darla: la disposizione di cui si tratta non fa distinzione, e d'altronde la sua ragione non la comporta, perchè i motivi di convenienza sociale e di non doversi pregiudicare la facoltà d'impedire la continuazione del commercio, sussistono anche quando il marito sia minore, interdetto, inabilitato, assente, ecc.

La ragione della eccezionale proibizione che esamino indica di

(1) Su questi articoli, I, n. 8.

(2) Cassaz. Francese, 27 aprile 1841, Eymard c. Saint-Paul.

per sè che essa non si estende alla società commerciale che la moglie contragga col marito, salvo il bisogno dell'autorizzazione giudiziale ognorachè si verifichi fra di loro l'opposizione attuale d'interessi di cui ho trattato superiormente (n. 26); e per l'autorità che meritamente gode il MASSÉ, mi sembra non inutile aggiungere qualche considerazione a confutazione dell'opinione che egli manifesta nel senso di non potersi contrarre società commerciale fra marito e moglie (1), nella quale opinione però è contraddetto da altri scrittori (2).

Egli crede che tali società siano contrarie al principio che le convenzioni matrimoniali non possono cangiarsi dopo il matrimonio, perchè i patti della società verrebbero necessariamente a modificare i rapporti ed i diritti rispettivi, quali risultano dalle stesse convenzioni matrimoniali: soggiunge che la società suppone da parte di ogni socio il diritto di alienare a vicendevole favore le cose poste in società, e rammenta la disposizione del Codice Civile Francese, secondo cui non può aver luogo contratto di vendita fra coniugi; ed infine osserva che tutte le donazioni fra coniugi durante il matrimonio, anche qualificate fra vivi, sono sempre revocabili, e che una società offrirebbe facile mezzo di vantaggi irrevocabili fra i coniugi medesimi, mascherandoli sotto la forma di utili sociali.

Ora non mi sembra primamente esatto che la società commerciale fra i coniugi debba avere per risultato *necessario* di modificare le loro convenzioni matrimoniali. Poichè il regime universalmente adottato in Italia è il dotale (3), e le convenzioni matrimoniali versano sulla quantità e qualità della dote, sul suo impiego, sulle sue garanzie e simili, tali convenzioni nella massima parte dei casi si riferiranno a materia al tutto diversa da quelle regolatrici della società; ed inoltre anche nei casi rarissimi

(1) Le dr. comm. etc., n. 1267.

(2) DALLOZ, Rép., V. Commerçant, n. 214; MOLINIER, Dr. comm., tom. 1, n. 177; DURANTON, Cours de dr. civil, tom. 2, n. 473.

(3) *Supra*, pag. 287, nota 2ª.

in cui i coniugi abbiano adottato il regime della comunione dei beni, la quale deve essere ristretta agli utili (art. 1433 del Codice Civile), ed abbiano nel contratto matrimoniale regolato con patti speciali la comunione medesima, la società commerciale successiva dovrebbe rispettare quei patti, precisamente per il principio sancito nell'art. 1385 del Codice Civile, che cioè le convenzioni matrimoniali non possono cangiarsi dopo la celebrazione del matrimonio, il quale principio, lungi dal poter rimanere offeso dalla società commerciale, la dominerebbe e le s'imporrebbe.

E non possono in secondo luogo valere presso di noi gli argomenti tratti dalla proibizione delle vendite fra i coniugi, e dal sospetto che sotto le apparenze del contratto di società si nascondano atti di liberalità fra i coniugi, sebbene questi ultimi, più che rivocabili, siano durante il matrimonio ed in vita assolutamente proibiti (art. 1054 Codice Civile); e ciò perchè il nostro legislatore ha abbandonato quella proibizione e siffatte sospicioni, ritornando ai concetti del diritto comune, che raccomandava di non spiegare troppo rigore nelle convenzioni fra i coniugi — « non amare nec tamquam inter infestos, jus prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes (1) » — e considerando che non vi fosse ragione di obbligare il marito a cercare un estraneo compratore che gl'imporrebbe condizioni gravose con danno suo e della famiglia, mentre la moglie potesse offrirgli condizioni più eque ed accettabili, e che non fosse il miglior consiglio la sistematica diffidenza nella sincerità degli atti umani, ed in ispecie di quelli che intervengono nella intimità dei domestici affetti: non senza avvertire però che in caso di simulazione, sarebbe ufficio del magistrato di restituire all'atto il suo vero carattere (2).

32. Si fa quistione sul punto, se il marito sia tenuto per le obbligazioni contratte dalla moglie per il di lei commercio, specialmente quando egli abbia profittato degli utili.

(1) Paulus, L. 28, § 2 Dig. De donat. inter vir. et uxor.

(2) Relazione del Guardasigilli e della Commissione Senatoria sul Progetto del Libro III del Codice Civile, pag. 62 dell'una e 37 dell'altra.

Conviene naturalmente ritenere che si tratti veramente di commercio esercitato dalla moglie, essendo ovvio che se invece fosse commercio del marito od in cui questi fosse socio, siccome sarà da presumersi facilmente, salva prova contraria, allorquando la moglie passi al marito in tutto od in parte gli utili del commercio, senza che le circostanze della famiglia giustifichino un tale fatto anormale, il marito stesso sarebbe tenuto al pagamento dei debiti commerciali, come vi è tenuto il preponente per l'institore, ed il socio per l'altro socio.

Conviene pur ritenere che nel caso, assai raro fra di noi, in cui i coniugi siano in comunione di beni, il nostro art. 14 risolve la quistione nel senso che il marito rimane tenuto per le obbligazioni della moglie, limitatamente agli utili della comunione: dei quali utili della comunione formano parte gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, come dispone l'art. 1436 del Codice Civile, dovendo del resto l'accertamento degli stessi utili farsi colle prove che nei singoli casi potranno aversi.

Nel regime dotale poi, ed allorquando i coniugi non abbiano fatta alcuna convenzione matrimoniale, mi sembra che il marito non possa essere tenuto pei debiti della moglie commerciante, perchè è certo in diritto che nessuno ha obbligo di pagare i debiti altrui, se non lo assume volontariamente, o se non vi è dichiarato tenuto da speciale disposizione di legge, che in concreto non esiste; e mi sembra pure che il marito stesso potrà soltanto essere obbligato dai creditori della moglie (art. 1234 del Codice Civile), o dai sindaci in caso di fallimento, a restituire tutto quello che per avventura abbia indebitamente ricevuto, e ciò per effetto dell'altro principio di diritto che nessuno può appropriarsi l'altrui, specialmente con danno del terzo: e dico *indebitamente* ricevuto, per eccettuare i casi in cui il marito abbia avuto gli utili di cui si tratta, in adempimento o dell'obbligazione della moglie di mantenere, educare ed istruire la prole e soggiacere ai pesi del matrimonio in proporzione delle sostanze sue e del marito (art. 138 e 1426 Codice Civile), o di altra obbligazione.

È ben inteso che incumberà ai creditori od ai sindaci del fal-

limento l'obbligo di stabilire che il marito abbia ricevuto somme od attività di spettanza della moglie commerciante, come al marito quello di stabilire a sua volta ed a propria difesa che le somme ed attività ricevute gli siano state date in adempimento di obbligazioni della moglie; e ciò in applicazione della regola generale che *onus probandi ei incumbit qui dicit*. La difficoltà che possa incontrarsi nel somministrare siffatta prova, che dovrebbe attingersi specialmente dai libri della moglie commerciante, non mi sembra poter esercitare alcuna influenza sulla soluzione della quistione, imposta dai principii di diritto; come non mi sembra da seguirsi l'opinione alla quale inclina il BORSARI (1), secondo cui si vorrebbe il marito tenuto ad ogni debito della moglie allorquando egli avesse influito, onde i libri non si tenessero regolarmente, perchè non veggo a quale disposizione di legge od a quale principio di diritto possa appoggiarsi questa specie di penalità inflitta al marito.

Il prof. VIDARI esprime pure l'opinione che di regola la moglie la quale esercita la mercatura, e non è unita in società col marito, non obbliga i beni e la persona del marito medesimo per le obbligazioni commerciali da essa assunte (2).

33. Gli atti di commercio compiuti dalla donna maritata senza essere autorizzata al commercio in generale, od a quegli atti in particolare che rientrino nelle categorie dell'art. 134 del Codice Civile, sarebbero nulli di nullità relativa, come quella del minore, e quindi da non poter essere opposta che da essa, dal marito e dai suoi eredi ed aventi causa, come è stabilito nell'art. 137 dello stesso Codice. Per le conseguenze che derivano da questa condizione giuridica, per i relativi sviluppi, e per le eccezioni che comporta tale nullità, non che per il caso in cui taluno prometta a termini dell'art. 1129 del Codice Civile, il fatto della donna maritata non autorizzata, mi riferisco e quanto ho detto nell'analogo tema dei minori (n. 18 e 19).

Anche la nullità degli atti di commercio fatti dalla donna mari-

(1) Il Cod. di Comm. del 1865 annotato, sull'art. 9, n. 74.
(2) Corso di dir. comm., n. 151 e seg.

tata senza autorizzazione, nei casi in cui questa è necessaria, come quella dei minori non autorizzati, non potrebbe essere sanata dall'autorizzazione o del marito o giudiziale posteriormente intervenuta, ed anche su questo particolare mi riferisco a quanto ho detto pei minori (n. 20), soggiungendo che anche riguardo alla donna maritata, la detta tesi ha conforto in dottrina ed in giurisprudenza (1).

34. I genitori od il consiglio di famiglia o di tutela nell'autorizzare il minore ad esercitare il commercio, ed il marito nel dare alla moglie il suo consenso per tale oggetto, hanno naturalmente dovuto aver fiducia che l'uno e l'altra facessero buon uso della facoltà loro accordata. Ma poichè può anche accadere che i genitori, i parenti od amici di famiglia ed il marito si facciano illusioni sovra la capacità del figlio, del minore, o della moglie, e che essi abbiano a pentirsi ragionevolmente dell'accordata autorizzazione, la quale abbia per effetto di rovinare coloro che si volevano favorire, e di rovinare con essi od almeno di turbare gravemente la famiglia, era opportuno che fosse accordato il potere di rivocare l'autorizzazione ed il consenso a coloro stessi che li avevano accordati: questa rivocazione doveva però ottenere la pubblicità necessaria a diffidare i terzi della sua esistenza: non poteva pregiudicare i terzi medesimi nei diritti da essi acquistati prima di essa; ed infine nel caso in cui le cose non fossero ancora integre, cioè nel caso il minore o la donna maritata avessero già impreso l'esercizio del commercio, trattandosi di spogliarli di una facoltà già acquistata, era pur giusto che essi fossero sentiti nelle giustificazioni che avessero per avventura a dare contro le censure dei parenti, e che intervenisse l'autorità del magistrato a tutela di tutti i diritti e di tutti gl'interessi, e per ovviare, come disse la Commissione di Legislazione degli Stati Sardi nei lavori preparatori del Codice di Commercio Albertino, ad una revoca che fosse irragionevole ed intempestiva.

(1) Bedarride, Des comm., sugli art. 4 e 5, n. 154; Duranton, Cours de dr. civ., tom. 2, n. 518, Cassazione Francese 26 giugno 1839, Sanquier, c. Villard. — *Contra:* Delvincourt, Inst. de dr. comm., tom. 1, pag. 195.

A tutto ciò provvede l'art. 15, che corrisponde all'art. 10 del Codice di Commercio Albertino, il quale venne introdotto nel Codice stesso sulle Osservazioni dei Senati di Piemonte e di Savoia e della Camera di Agricoltura e Commercio di Savoia (1), e che ha costituito un importante miglioramento sul Codice Francese, stato preso a modello nella formazione di detto Codice Albertino, perchè nella legislazione francese, quanto al minore non si può provvedere che indirettamente alla revoca della sua autorizzazione a commerciare, mediante cioè la revoca della sua emancipazione (art. 485 di quel Codice Civile), ed anche questo mezzo diventa impotente nel caso di emancipazione per effetto di matrimonio, e quanto alla donna maritata, si discute intorno al modo col quale il marito possa procedere alla revoca del suo consenso.

Mi sembra poi che non sia da ammettersi presso di noi la revoca indiretta, la quale, come dissi, ha luogo per il minore sotto altra legislazione mediante la revoca della emancipazione, e che un autorevole scrittore consentirebbe (2); e ciò perchè il procedimento dell'uno è retto da forme diverse di quello dell'altro, come si rileva dal confronto dell'art. 321 del Codice Civile coll'art. 15 di questo Codice, e perchè l'atto di rivocazione deve essere formale e solenne, per la sua importanza e per le pubblicazioni che sono prescritte colle norme dell'art. 9, le quali male si applicherebbero ad un atto indiretto. E così eviteremo le difficoltà molte e gravi che sotto altre legislazioni si lamentano della revoca indiretta (3).

35. Il diritto di rivocare il consenso dato alla moglie ad esercitare il commercio appartiene al marito anche nel caso in cui essa lo esercitasse anteriormente al matrimonio. Le ragioni di questa sua facoltà, il dovere ed il diritto del capo della famiglia, per dirlo colle

(1) Risposte della R. Commiss. di Legislaz. ecc, pag. 31.
Le ragioni della proposta, che sono essenzialmente quelle da me indicate, possono vedersi a pag. 7 delle Osservazioni della Camera di Commercio di Savoia.

(2) Vidari, Corso di dir. comm., n. 125 e 126.

(3) Ivi, n. 128. — Massé, Le droit comm. etc., n. 1042.

acconce parole del BORSARI (1), di far argine a dilapidazioni, a rovine o almeno a pericoli che minacciano non meno la moglie che lui stesso ed i figli, sebbene indirettamente, stanno in tutta la loro forza anche nel detto caso di esercizio del commercio anteriore al matrimonio; ma non sta poi che questa opinione tema l'applicazione della lettera della legge, là dove essa attribuisce al marito la facoltà di rivocare *il consenso dato alla moglie*, quasi che nel caso anzidetto non possa dirsi che il marito abbia dato il consenso, dappoichè anche laddove il marito trovi la moglie già commerciante all'epoca del matrimonio, le dà il consenso di continuarlo, od espresso, se la prima abbia cura di assicurarselo, o tacito, se lascia che la moglie continui il commercio che esercitava.

Questa opinione, la quale venne pure espressa in seno al Consiglio di Stato Francese all'epoca della formazione di quel Codice di Commercio (2), è generalmente adottata dagli scrittori.

Il diritto di revoca spetta pure al marito divenuto maggiore relativamente all'autorizzazione conferita alla moglie dai costei parenti o dal Tribunale durante la sua minor età, ed in generale durante altri suoi impedimenti. Difatti la famiglia e l'autorità giudiziaria, esercitando un diritto che momentaneamente eccedeva la capacità del marito, non possono però vedere prolungato il loro potere al di là dei limiti che naturalmente gli assegna la maggiore età del capo dell'associazione coniugale, e la cessazione in generale delle ragioni per le quali egli non abbia potuto dare il suo consenso (3).

Laddove poi non siano cessate le ragioni per le quali il marito

(1) Il Cod. di Comm. annotato, sull'art. 10, n. 76.

(2) Proc. Verb. del 3 genn. 1807, in LOCRÉ, Lég. civ. et comm., t. 17; pag. 154 — « M. l'Archichancellier. . . . Une femme marchande publique se marie: le mari qui n'ignorait pas qu'elle faisait le commerce, a consenti tacitement par le seul fait du mariage, à ce qu'elle le continuât »; LOCRÉ, Espr. du Cod de Comm, t. 1, sull'art. 4, pag. 31; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 64; MASSÉ, Le dr comm. etc, n. 1115; DALLOZ, Rép, V. Commerçant, n. 179.

(3) MASSÉ, loc. cit.; VIDARI, Corso di dir. comm., tom. I, n. 153 in fine.

non abbia potuto dare il suo consenso, si deve ritenere per argomento di analogia dall'art. 15 che l'autorizzazione possa essere revocata dall'autorità giudiziaria che l'ha data, sentita a porte chiuse la moglie, giusta il primo capoverso dello stesso art. 15; come si deve pur ritenere per argomento di analogia dagli art. 326 e 339 capoverso del Codice Civile, che la revoca anzidetta da parte del Tribunale possa essere promossa dai congiunti e dal Pubblico Ministero (1).

36. Quanto al modo con cui il Tribunale Civile dovrà esercitare il potere affidatogli, di approvare o no la rivocazione dell'autorizzazione al minore od alla donna maritata, la legge se ne riporta alla sua prudenza; ed i risultati del commercio sin allora esercitato, i benefici o le perdite che ne siano derivati, la prudenza o l'imprudenza con cui sia stato condotto, le speranze ragionevoli di poter rimediare alle perdite ed ai danni del passato, od i timori fondati di nuovi o maggiori disastri, potranno guidare i giudici nell'esercizio dell'anzidetto potere.

E poichè ciò dipende da uno stato di cose, che può subire facilmente variazioni, il rifiuto di approvazione della revoca della autorizzazione da parte del Tribunale non potrà impedire che i genitori, il Consiglio di famiglia od il marito, addivengano di nuovo alla revoca medesima, quando le circostanze siano cambiate; ed il Tribunale dovrà di nuovo esaminare, sentiti sempre il minore e la donna maritata, se la novella revoca di autorizzazione meriti di essere approvata.

Relativamente al procedimento per l'approvazione da darsi dal Tribunale alla revoca dell'autorizzazione, mi sembra che sia da adottarsi quello che ne traccia il Borsari (2), con qualche lieve modificazione, e che sostanzialmente suggerisce anche il Vidari (3). Si dovrà presentare nella Cancelleria del Tribunale da chi promuove la revoca dell'autorizzazione relativo ricorso motivato

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 143.
(2) Il Cod. di Comm. annotato, sull'art. 10, n. 76.
(3) Corso di dir. comm., n. 127.

al Tribunale medesimo, coi documenti giustificativi, se ve ne saranno, o col cenno delle prove che cogli altri mezzi dalla legge permessi si vorranno fornire — non *presentarsi al Cancelliere che prenda rogito dell'atto di revoca*, come dice il BORSARI, il quale incumbente mi sembra inutile, e nemmeno indicato da disposizione alcuna della nostra legge processuale —: su quel ricorso il Presidente del Tribunale fisserà il giorno dell'udienza, con ordine al richiedente di notificare il tutto al minore od alla moglie entro un termine da stabilirsi; ed il Tribunale deciderà, sentiti i medesimi in udienza a porte chiuse, non che il Pubblico Ministero e con formale sentenza. Ciò si ricava per argomento dagli art. 799, 800 e 801 del Codice di Procedura Civile.

Anche a me pare che la sentenza che sarà pronunziata sia appellabile, non solo come conseguenza del principio stabilito nell'art. 481 del Codice di Procedura Civile, ma anche come argomento tratto dall'art. 802 dello stesso Codice; e naturalmente potrà il Tribunale per provvedere all'urgenza che il caso richiedesse, e che generalmente si verificherà, valersi della facoltà di dare esecutorietà provvisoria alla sentenza, che gli è conceduta dall'art. 409 del Codice medesimo.

Non mi sembra però giusto lo ammettere i terzi ad intervenire in questo giudizio, perchè si tratta di giudizio tutto famigliare, e del quale non si può dire col BORSARI che i terzi possano avere interesse a rompere una collusione che è facile fra parenti, quando gli affari precipitano al peggio (1), essendosi già dalla legge provveduto alla loro indennità, anche in modo assai largo, prescrivendo che la rivocazione dell'autorizzazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi, neppure per le operazioni ancora in corso di negoziazione. Onde non mi sembra nemmeno che la tesi contraria possa vantaggiarsi dalla modificazione introdottasi nella giurisprudenza coll'ammettere i terzi ad intervenire nell'altro giudizio pure famigliare, che è quello d'interdizione, poichè di questo si può

(1) Loco citato.

dire con ragione, a differenza di quello, che l'interesse dei terzi potrebbe venirne pregiudicato (1).

37. L'art. 15 porta la prescrizione che l'atto di rivocazione dell'autorizzazione a commerciare sia pubblicato nei modi stabiliti nell'art. 9, allo scopo naturalmente di rendere avvertiti i terzi, onde si guardino dal contrattare con chi oramai più non ha capacità giuridica di farlo.

È ben inteso che anche la sentenza del Tribunale che approvi l'atto di rivocazione nel caso del primo capoverso dello stesso art. 15, dovrà essere pubblicata con le norme medesime. Nel caso poi in cui non ostante la rivocazione, i minori o la donna maritata continuino a fare il commercio, ingannando i loro contraenti, essi non potrebbero profittare del loro dolo; e nel caso figurato dal Borsari, in cui cioè una mercantessa esautorata continui a ricevere spedizioni ed a tirar cambiali, abusando della buona fede di commercianti lontani, i quali ignorassero la intervenuta rivocazione, certamente essa ed il marito, che fosse connivente, e quindi anche i di lei successori, non potrebbero senz'altro neutralizzare la loro azione, invocando la rivocazione medesima dell'autorizzazione a commerciare e tentando di coprire colla legalità la loro mala fede; ma ciò non pei motivi addotti dal chiaro scrittore, perchè cioè si dovessero scegliere mezzi di pubblicità diversi e più efficaci di quelli che la legge ha stabiliti a spandere la notizia della intervenuta rivocazione, avvegnacchè a nessuno possa farsi colpa di essersi attenuto ai dettami della legge e di non aver fatto più di quello che essa impone, ma sibbene perchè niuno può trar profitto dal proprio dolo, e perchè « deceptis et non decipientibus iura subveniunt », come ho superiormente rammentato.

Convengo ancora col Borsari in quanto scrive, che dai terzi stati ingannati potrà pure, secondo le circostanze, convenirsi il marito pel dolo, col quale sia concorso ad ingannarli, perchè è ricevuto in dottrina che la collusione nel dolo, che è una specie

(1) Cass. Torino 28 giugno 1876, Jona c. Riva, ed App. Torino 13 dicembre 1878, Viviani c. Pubblico Ministero.

di complicità del dolo civile, dà azione contro il terzo che ha operato dolosamente, per il principio sancito dall'art. 1151 del Codice Civile, che qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno, la quale azione per conseguenza dovrà essere di risarcimento di danno (1); ma dissento dal BORSARI medesimo, quando soggiunge che uno dei più gravi argomenti (del dolo del marito) sarà quello di non aver fatto pubblicare l'evento nei giornali, nè di aver spedito circolari ai corrispondenti, come suol farsi in ogni caso consimile, di non avere insomma supplito coi mezzi propri a quella che, riferendosi all'art. 10 del Codice di Commercio del 1865, egli diceva essere manifesta imperfezione della legge (2); e ciò perchè oltre all'avere l'attuale legge migliorati i mezzi di pubblicità, con aggiungere l'affissione nella sala del Comune e nei locali della Borsa più vicina, nessuno può essere obbligato a fare più di quello che la legge prescrive.

38. L'ultimo capoverso dell'art. 15 stabilisce che la rivocazione dell' autorizzazione al commercio non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, *neppure per le operazioni in corso*; ed è ben inteso che la legge, volendo lasciare impregiudicati i *diritti acquisiti* dei terzi, ha mirato non ai negozi che si trovino semplicemente nello stadio di preparazione o di trattative, in dipendenza di cui i terzi non possono aver diritti acquisiti, ma a quelli già definitivamente intesi, sebbene non ancora portati ad esecuzione.

39. Dopo la revoca dell' autorizzazione, si deve naturalmente cessare dal commercio e pensare alla liquidazione relativa: come si dovrà a ciò provvedere?

Il BORSARI pensa che il Tribunale possa costituire un assistente, o coadiutore alla moglie, che può essere lo stesso marito, per lo stralcio e per la liquidazione che deve operarsi, e per quegli affari che si dovessero ancora continuare in forza d'impegni in-

(1) POTHIER, Des obligations, n. 32; MARCADÉ, Explication du Code Nap., sull'art. 1166, n. 418; BEDARRIDE, Du dol et de la fraude, n. 34.

(2) Il Cod. di Comm. annotato, n. 78.

declinabili, e non parla del minore, al quale probabilmente egli vorrà pure che sia deputato dal Tribunale un simile assistente o coadiutore, che potrebb'essere il genitore; ma io credo dovermi allontanare in parte dalla sua opinione, in questo senso cioè che elimino l'intervento del Tribunale, e me ne sto alla applicazione delle disposizioni di legge, che mi sembrano aver provveduto al bisogno.

Ed invero, per quanto riguarda il minore, revocata che sia l'autorizzazione, o viene pure revocata l'emancipazione, o questa vien mantenuta: nel primo caso al genitore rivestito della patria podestà, ed in suo difetto al tutore, spetta l'amministrazione dei di lui beni (art. 224, 231 e 277 del Codice Civile); e mi sembra chiaro che al genitore medesimo od al tutore spetterebbe di operare la liquidazione e lo stralcio degli affari commerciali del minore, colla continuazione di quelli che si dovessero appunto continuare, giusta il sovra rammentato ultimo capoverso dell' articolo 15, il tutto colle limitazioni e colle discipline stabilite dal Codice Civile; e nel secondo caso, cioè nel caso in cui l' emancipazione venga mantenuta, potendo il minore emancipato fare da solo tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione, dovendo essere assistito dal curatore per riscuotere i capitali e per stare in giudizio, e dovendo per gli altri atti ottenere anche l'autorizzazione del Consiglio di famiglia ed in certi casi l'omologazione del Tribunale (art. 317, 318, 319 e 301 del Codice Civile), mi sembra pur chiaro che la liquidazione e lo stralcio del commercio del minore e la continuazione degli affari che dovessero appunto continuarsi, dovrebbero condursi colle norme anzidette, tanto più che assai di rado, se forse anche non mai, avverrà che per essi si debba ricorrere all'autorizzazione del Consiglio di famiglia ed alla omologazione del Tribunale, per la natura medesima delle operazioni.

Quanto alla donna maritata poi, se essa sia minore, riceveranno applicazione le norme ora accennate, coll'avvertenza che il suo curatore è di diritto il marito, od il curatore od il tutore del marito stesso (art. 315 Codice Civile); e se essa sia maggiore, occorrerà l'autorizzazione del marito a'termini dell'art. 134 dello stesso Codice Civile, cioè quando si tratti di alienar beni immobili, di sottoporli

ad ipoteca, di contrarre mutui, di cedere o riscuotere capitali, e di transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, dappoichè gli altri atti di cui è menzione nel citato articolo di legge, cioè far donazioni e costituirsi sicurtà, non potranno certo verificarsi nello stralcio e liquidazione del commercio della donna maritata.

40. Il sistema di pubblicità stabilito dagli articoli 16 a 20, cioè l'obbligo di far conoscere coi mezzi suindicati la posizione che un coniuge commerciante ha rispetto all'altro coniuge in dipendenza dal loro contratto matrimoniale, e la posizione ancora che il commerciante ha rispetto alla moglie del discendente in dipendenza pure del contratto matrimoniale di questi, non che l'obbligo di fare cogli stessi mezzi conoscere i cangiamenti che siano sopravvenuti per effetto della domanda di separazione dei beni e della relativa sentenza, hanno lo scopo di offrire a ciascun interessato un mezzo pronto e facile di accertarsi a tale riguardo della posizione del commerciante, col ricorrere unicamente ai registri del Tribunale, nel cui distretto è stabilito il commercio, come rispose la Commissione di Legislazione che compilò il Codice di Commercio Albertino alla Camera di Commercio di Savoia, la quale proponeva la soppressione dei corrispondenti articoli di quel progetto (1), e lo scopo pure di provvedere all'interesse del credito e di proteggere la buona fede dei terzi contro le sorprese della frode (2).

41. L'estratto del contratto di matrimonio da trasmettersi e pubblicarsi come è detto all'art. 16, il quale deve naturalmente contenere i dati necessari a stabilire a quali persone ed a quale atto si riferisca, esprime (dice il capoverso dello stesso articolo) se vi fu costituzione di dote, e se fu stipulata comunione di beni; e questa frase lascia luogo al dubbio, se nel caso di costituzione di dote l'estratto debba pur esprimere l'ammontare della dote e delle ragioni dotali.

(1) Risposte della R. Commissione di Legislazione, ecc., pag. 34.

(2) Su questi articoli, I, n. 10.

Mi sembra che sia opportuno di comprendervi anche questo elemento, perchè egli è per tal guisa soltanto che la pubblicità data all'estratto raggiungerà pienamente il suaccennato scopo, e non mi persuadono i motivi che per una diversa soluzione furono dati nei lavori preparatori del Codice di Commercio Francese, che nell'art. 67 ha disposizione simile, i motivi cioè che la pubblicità data a tali particolari sarebbe riuscita spiacevole alle famiglie, e che soventi l'ammontare della dote non è fisso nè determinabile (1), dappoichè l'interesse pubblico deve prevalere alle dette considerazioni, e sono eccezioni ben rare quelle di dote e di ragioni dotali non fisse nè determinabili; ma non si può supplire al silenzio della legge, specialmente in una materia come questa che può portare a conseguenze correzionali e penali, come risulta dall'art. 17 per il notaio, e dall'art. 857, n. 2° per il coniuge (art. 4 delle Disposizioni sulle leggi in generale): ond'è che quando l'estratto non contenga la indicazione anche dell'ammontare della dote e delle ragioni dotali, non potrà dirsi che esso non corrisponda alla legge, e gl'interessati dovranno procurarsi altrimenti quella indicazione, mediante, per esempio, copia autentica del relativo atto pubblico, della cui data e rogito troveranno le traccie nell'estratto.

42. Il detto art. 17 stabilisce a carico del notaio che ometta la trasmissione dell'estratto del contratto di matrimonio pena pecuniaria e finanche quella della destituzione, oltre il risarcimento dei danni verso i creditori quando l'omissione sia dolosa; ma per far luogo all'applicazione delle stesse pene, è necessario non solamente che uno degli sposi abbia veramente la qualità di commerciante, ma ancora che egli abbia assunto nel contratto di matrimonio tale qualità, o che sia stabilita la conoscenza che il notaio ne avesse (2); e non sarebbe punibile il notaio il quale in buona fede avesse creduto che la parte non avesse la qualità di commerciante, perchè mancherebbe l'intenzione di delinquere, siccome venne giudicato nel caso di uno sposo farmacista, attese le quistioni che si fanno

(1) Locré, Esprit du code de comm., sull'art. 67, III, tom. I, pag. 326.

(2) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 93; Dalloz, Rép., V. Commerçant, n. 276.

intorno alla qualificazione di commerciante che convenga, ovvero no, al farmacista (1).

Le sanzioni poi stabilite nel Libro terzo di cui l'art. 18 fa riserva a carico della parte che ometta l'osservanza delle dette prescrizioni di pubblicità, sono portate dal succitato art. 857, n. 2° di questo Codice, e consistono nell'esser dichiarato colpevole di bancarotta semplice, alla quale è comminata la pena del carcere da un mese a due anni dall'art. 381 del Codice Penale.

43. L'art. 19 prescrive la pubblicazione nei modi stabiliti dall'art. 9, tanto della domanda di separazione di beni tra coniugi, uno dei quali sia commerciante, quanto della sentenza che pronunzia sovra di essa.

La separazione può chiedersi quando si tratti della dote, nei casi in cui la moglie sia in pericolo di perderla, od il disordine degli affari del marito lasci temere che i di lui beni non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie, ovvero la moglie abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito; e quando si tratti di separazione di beni posti in comune, se la comunione sia malamente amministrata, e se il disordine degli affari del marito metta in pericolo gli interessi della moglie; e non può domandarsi se non giudizialmente e dalla moglie, escluso espressamente ai costei creditori il diritto di chiederla senza il suo consenso (art. 1418, 1421 e 1442 del Codice Civile).

La registrazione e l'affissione della domanda di separazione deve precedere almeno di un mese la sentenza che pronunzia su di essa, allo scopo, come si comprende, di mettere i creditori in grado di assistere al relativo giudizio ed impedire che alcuna cosa non giusta si faccia in loro pregiudizio; e mentre anche i creditori non commercianti hanno simile facoltà per la disposizione dell'articolo 1422 del Codice Civile, ai creditori commercianti si è voluto fare il vantaggio di essere diffidati della esistenza della domanda, vantaggio però non sempre praticamente effettivo, poichè la registrazione e l'affissione soventi non bastano a portare la cosa a cognizione dei creditori.

(1) Dalloz, Ibid., n. 278. — V. sopra, pag. 125 e seg.

La registrazione ed affissione della sentenza poi ha a sua volta lo scopo di farla conoscere ai creditori del commerciante, i quali al pari di ogni altro creditore di persona contro cui siasi ottenuto la separazione, possono reclamare all'autorità giudiziaria competente contro l'autorizzazione e contro la esecuzione della separazione che fossero in frode dei loro diritti (art. 1422 Codice Civile).

E la sanzione stabilita dallo stesso art. 19 per il caso della inosservanza delle dette formalità di trascrizione e di affissione, consiste nel diritto accordato ai creditori per titolo di commercio di opporsi in qualunque tempo, per giusti motivi ed in quanto riguarda il loro interesse, alla separazione pronunciata, e d'impugnare l'avvenuto soddisfacimento dei diritti della moglie, oltre, dice l'ultima parte di detto articolo, all'azione accordata in generale a tutti i creditori nell'art. 1422 del Codice Civile, quando la separazione fosse fatta in frode dei creditori.

Questa disposizione della legge commerciale aggiunge in favore dei creditori per titolo di commercio, quando mediante la prescritta pubblicazione non siano stati diffidati della domanda di separazione e della sentenza che l'ammetta, ai diritti che a tutti in generale i creditori del marito accorda il detto art. 1422 del Codice Civile.

Vi aggiunge primamente in ciò, che essa accorda ai creditori per titolo di commercio e limitatamente al loro interesse, il diritto di opposizione alla separazione e d'impugnazione del soddisfacimento dei diritti della moglie *in qualunque tempo*, mentre nel diritto civile il diritto di reclamo contro la pronunciata separazione della dote è limitato dalle combinate disposizioni degli art. 1422 del Codice Civile e 512 del Codice di Procedura Civile al termine di sessanta giorni da quello in cui siasi scoperta la frode (1), e quello contro il soddisfacimento dei diritti della moglie trova il suo limite nella prescrizione ordinaria (2); e vi aggiunge pure in quanto estende la facoltà medesima anche al caso

(1) App. Torino 1 agosto 1866, Ovazza c. Brambilla.

(2) Troplong, Du contrat de mariage, n. 1400.

della separazione di beni nel regime della comunione, perchè dispone della domanda e della sentenza di separazione in genere, mentre invece l'art. 1422 del Codice Civile limita i diritti che esso accorda al solo caso della separazione della dote: ciò si desume dai termini in cui quest'articolo è concepito, e rimane confermato dalla considerazione, che nell'art. 1442 che tratta della separazione dei beni fra coniugi nel regime della comunione, si dichiarano bensì ad essa applicabili altre disposizioni riguardanti la separazione della dote, ma non quella dell'art. 1422, mentre invece nel Codice Civile Albertino l'art. 1582, corrrispondente al 1442 dell'Italiano, richiamava il 1552 corrispondente al 1422, e nelle Leggi civili delle Due Sicilie, l'art. 1376 dichiarava comuni alla separazione della dote tutte le regole stabilite a governare la separazione dei beni nel regime della comunione (1). Infine la detta disposizione della legge commerciale aggiunge all' art. 1422 del Codice Civile in quanto dessa estende la facoltà di cui si tratta ad ogni caso in cui vi siano giusti motivi, e l'articolo stesso invece la limita al caso della *frode*.

Sebbene poi il Toullier con dotti argomenti sostenga che la parola *frode*, la quale dal latino *fraus* ha il doppio significato, di un danno cioè che si soffre per effetto di dolo e di raggiri, e di un danno che si soffra *solo eventu rerum* (2), sia stata adoperata dall'art. 1447 del Codice Civile Francese, corrispondente al nostro 1422, in quest'ultimo significato (3), tuttavia questa teoria, che

(1) Nella esposizione dei motivi del Progetto del 1863 e nelle discussioni relative al Codice del 1865, ho cercato invano la ragione della notata differenza; la quale mi sembra quanto ai creditori civili altrettanto innegabile che poco giusta, e non giustificabile dal motivo che per avventura potesse addursi, del trovarsi cioè la comunione limitata dal Codice Italiano ai soli utili, dappoichè questa limitazione si aveva pure nel Codice Civile Albertino, ed anche nel regime della comunione limitata agli utili possono i creditori vedersi arrecare danni non lievi in occasione della separazione dei beni.

(2) Fraus est damnum, quod vel ex rerum eventu solo, vel ex fallacia ejus, cum quo pepigi, mihi contingit. — Pothier, Pand. De pactis, tom. I, pag. 80, n. 2. — Cujaccio, sul § 10, L. 7 Dig. De pactis.

(3) Toullier, Cours de dr. civ., tom. 13, n. 88 e 89.

altri scrittori anche in Francia respingono (1), potrebbe tanto meno essere accettata nella interpretazione di detto articolo del Codice Civile Italiano, che con lievi modificazioni di detto dettato corrisponde all'art. 1552 del Codice Civile Albertino, in quanto che nei motivi di quest'ultimo venne espressamente detto che ai creditori non si volevano accordare i diritti ivi menzionati, se non nel concorso di circostanze di dolo.

Difatti al Senato di Piemonte, che proponeva che si ommettessero le parole — *nel caso che la separazione fosse fatta in loro frode* (dei creditori) — pel motivo che la separazione potesse tornare a grave scapito dei creditori in più modi, anche senza la frode dal canto di coloro che la provocarono, la Commissione di Legislazione mantenendo le parole medesime, rispose non essersi voluto coll'articolo far altro che richiamare le regole generali secondo cui i creditori non possono essere danneggiati da un atto fatto dal debitore in loro frode; e che pertanto come non sarebbero essi ammessi ad impugnare un contratto fatto dal loro debitore, nè ad intaccare un'alienazione pel solo motivo che il prezzo trattone non fosse sufficientemente proporzionato, senza che vi concorresse circostanza di dolo, così la separazione quando fosse pronunciata e tanto più quando fosse eseguita, non dovesse più essere soggetta ad eccezione se non fosse fatta in frode (2).

A giusta ragione poi il legislatore commerciale è stato più largo di tutela ai creditori commerciali contro i pericoli della separazione di beni del loro debitore, perchè questa si verifica sempre (meno il caso della separazione personale dei coniugi) nel momento più critico per essi, cioè alla vigilia della rovina e del fallimento del marito, e l'esperienza insegna che troppo soventi i debitori non hanno il nobile coraggio di sfidar la povertà, e cercano di migliorare la propria posizione, accordando vantaggi alla moglie, che dovrà oramai provvedere ai bisogni comuni.

(1) Dalloz, Rép. V. Contr. de mariage, n. 1883.

(2) Motivi dei Codici degli Stati Sardi, Codice Civile, sugli art. 1552 e 1553, vol. 2, pag. 433.

I diritti di cui si tratta spettano poi tanto ai creditori attuali, quanto ai creditori condizionali od eventuali, per il principio stabilito nell'art. 1171 del Codice Civile, che cioè il creditore può anche prima che siasi verificata la condizione esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti (1); e questa facoltà verrà opportuna specialmente ai possessori degli effetti cambiari verso i proprii giranti ed i giranti anteriori.

Quanto al modo con cui far valere i diritti medesimi, esso è quello d'intervenire nel giudizio di separazione, quando si tratti di opposizione alla domanda della separazione medesima, giusta gli articoli 201 e seg. del Codice di Procedura Civile; di ricorrere alla opposizione di terzo, governata dagli art. 510 e seg. dello stesso Codice, quando si tratti di opposizione alla separazione pronunciata, e di evocare le parti interessate in apposito giudizio, quando si tratti d'impugnare il soddisfacimento dei diritti della moglie, cui siasi proceduto in dipendenza di una separazione già pronunciata.

TITOLO IV.

DEI LIBRI DI COMMERCIO.

21. Il commerciante deve tenere un libro giornale che presenti giorno per giorno i suoi debiti e crediti, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, accettazioni o girate di effetti e generalmente tutto quanto riceve e paga per qualsivoglia titolo, civile o commerciale, oltre la dichiarazione, mese per mese, delle somme impiegate per le spese della sua casa, e ciò indipendentemente dagli altri libri che sono di uso nel commercio, ma non indispensabili.

(1) Dalloz, Rép. V. Contrat de mariage, n. 1873 e 1874; Troplong, Du contr. de mariage, n. 1401; Carré et Chauveau, Lois de la Proc. Civ., Quest. 2942; Merlin, Rép., V. Condition, sez. i, § v, n. 2.

Deve anche conservare in fascicoli le lettere ed i telegrammi che riceve e copiare sopra un libro le lettere ed i telegrammi che spedisce.

22. Il commerciante deve fare ogni anno un inventario dei suoi beni mobili ed immobili e dei suoi debiti e crediti di qualunque natura e provenienza.

L'inventario si chiude col bilancio e col conto dei profitti e delle perdite e dev'essere trascritto e firmato dal commerciante, di anno in anno, sopra un libro a ciò destinato.

23. Il giornale e il libro degli inventarii non possono essere posti in uso, se prima ciascun foglio non ne sia stato numerato e firmato da un giudice del Tribunale di Commercio o dal Pretore del luogo di residenza del commerciante; nell'ultima pagina dei libri suddetti e del libro copia-lettere dev'essere dichiarato il numero dei fogli che li compongono, e a questa dichiarazione il giudice o il Pretore deve apporre la data e la firma, il tutto senza spesa.

Il libro giornale dev'essere presentato una volta all'anno al Tribunale di Commercio od al Pretore e vidimato senza spesa immediatamente sotto l'ultima scrittura.

Nei Comuni ove non risiede un pretore, la vidimazione del libro giornale può eseguirsi da un notaro, che deve farne constare l'adempimento nel suo repertorio.

24. Nei Tribunali di Commercio è tenuto un registro in cui sono notati i nomi dei commercianti che hanno presentato i libri, la natura di questi e il nu-

mero dei fogli firmati; lo stesso deve farsi per le annuali vidimazioni dei libri giornali.

I pretori che hanno firmati o vidimati i detti libri devono trasmetterne ogni anno la nota al Tribunale di Commercio.

Lo stesso dovere hanno i notari nei casi preveduti nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

25. I libri suddetti devono essere tenuti per ordine di data, di seguito, senza alcuno spazio in bianco, senza interlinee e senza trasporti in margine. Non vi si possono fare abrasioni, ed ove sia necessaria qualche cancellazione, questa deve eseguirsi in modo che le parole cancellate siano tuttavia leggibili.

26. I commercianti devono conservare per dieci anni dall'ultima registrazione i libri cheso no obbligati a tenere, e le lettere ed i telegrammi ricevuti.

27. La comunicazione dei libri, degli inventarii e dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi indicati nell'art. 21, non può essere ordinata in giudizio, che per affari di successioni, di società, di fallimenti o di comunione di beni.

La comunicazione ha luogo nel modo concordato tra le parti; in mancanza d'accordo, mediante deposito nella cancelleria.

28. Nel corso di una controversia, ancorchè non appartenente agli oggetti indicati nell'articolo precedente, il giudice può ordinare, ad istanza di una delle parti e anche d'ufficio, l'esibizione dei libri per estrarne soltanto ciò che riguarda la controversia.

Può ordinare altresì l'esibizione di singole lettere o telegrammi riguardanti la controversia stessa.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Ragione e necessità dei libri di commercio.
2. Ragione della distribuzione della materia di questo Titolo.
3. Libri obbligatorii per tutti indistintamente i commercianti e libri ausiliari.
4. Formalità prescritte pei primi.
5. Facoltà di tenere i libri in qualsiasi lingua.
6. Facoltà pure di farli tenere da altri.
7. Tempo durante cui è obbligatoria la conservazione dei libri: anche dopo di esso mantengono la loro forza probante, e può ordinarsene la comunicazione e la esibizione in giudizio.
8. Sanzioni alla inosservanza delle prescrizioni di legge relative alla tenuta dei libri di commercio.
9. Della comunicazione ed esibizione loro: differenze e modi: le relative regole sono comuni alle lettere ed ai telegrammi ricevuti dai commercianti.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. La legge civile non impone obblighi al proprietario per la conservazione ed amministrazione del suo patrimonio (1); ma la egge commerciale prescrivé all'uopo varie norme ai commercianti, e sopratutto ingiunge ad essi l'obbligo di tenere alcuni libri, imperocchè considera l'esercizio del commercio come oggetto d'interesse e d'ordine pubblico.

La necessità dei libri di commercio è da tutti sentita, e non occorre dimostrarla. Mediante i libri di commercio il commerciante conosce con tutta prontezza e chiarezza lo stato de' suoi affari, è avvertito delle perdite sofferte, degli impacci in cui si trova, della necessità di cessare dal commercio piuttosto che continuare con sacrifici e prestiti rovinosi. Coi libri di commercio

(1) Quum quisque suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est (L. 25, § 11 e 31, D. De haered. pet.).

egli, in caso di contestazione, può provare le molteplici operazioni mercantili, che, per la rapidità degli affari, forse non potrebbe provare in altro modo. Nelle relazioni tra più commercianti i libri costituiscono un reciproco riscontro che ne assicura la prova. I libri di commercio inoltre forniscono preziosi schiarimenti, sia per far conoscere ai giudici ed ai creditori il carattere d'un fallimento, sia per facilitare le liquidazioni, le divisioni, i rendimenti di conti fra soci, eredi ed altre persone interessate (1).

L'istituzione dei libri di commercio è antichissima. In ogni tempo, e prima ancora che la legge ne facesse un obbligo, i commercianti hanno tenuto i loro libri. L'orazione di Cicerone *Pro Roscio* (2), le orazioni *Contra Verrem*, la Legge 4 del Digesto *De edendo* (3), ne dimostrano chiaramente l'uso nell'antica Roma.

L'obbligo de' commercianti di tenere alcuni libri fu espressamente stabilito dalle leggi municipali delle città Italiane, come ne fanno fede gli Statuti di Venezia, di Bologna, di Firenze, di Padova, di Roma, ed altri.

Stracca, a' suoi tempi, considerava la tenuta dei libri come una delle obbligazioni principali dei commercianti (4), ed il Casaregis aggiungeva, doversi presumere che ogni commerciante li avesse tenuti e conservati (5).

In Francia l'uso della tenuta dei libri mercantili diventò obbligazione legale per l'Editto del dicembre 1539, che istituiva gli agenti di cambio e di banca, e loro imponeva di tenere un Libro-giornale per annotarvi tutte le operazioni da essi eseguite. Più tardi questa disposizione fu estesa a tutti i commercianti

(1) Pardessus, op. cit., vol. I, n. 85. — Namur, op. cit. vol. I, n. 198.

(2) Quod si ille suas profert tabulas, profert suas quoque Roscius; erit in illius tabulis hoc nomem, at in hujus non erit. (Cic. Pro Roscio).

(3) Praetor ait: Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant, adjecto die et consule (L. 4 ff. De edendo).

(4) Solent ed debent mercatores libros rationum conficere; id enim ad statum eorum praecipue obtinet (Stracca, De mercat, p. 2, n. 51).

(5) Cum praesumatur eos confecisse et conservasse (Casaregis, Disc. 102, n. 14, 39 e seg., 76 e seg.).

dal Titolo III dell'Ordinanza del 1673, le cui disposizioni furono riprodotte negli art. 8 e 9 del Codice di Commercio. Dal Codice Francese tale obbligo passò in altri Codici di Commercio, in quelli dei vari Stati Italiani e nel nostro Codice di Commercio vigente. (Pag. 69 e 70).

2. Il Codice Italiano tratta dei *Libri di Commercio* nel Titolo II, riserbando però alcune speciali disposizioni intorno ai Libri dei mediatori nel Titolo III, Capo II, dove esclusivamente occupasi di questi intermediari del commercio.

La Commissione del 1869 fu d'avviso, che le disposizioni degli art. 46 a 49 del Codice vigente, concernenti i Libri che devono tenere i pubblici mediatori, dovessero collocarsi nel Titolo generale dei *Libri di Commercio.*

Ma a me parve opportuno che, trattandosi in apposito Titolo dei *Mediatori*, in questo dovessero comprendersi tutte le disposizioni che statuiscono obblighi a loro speciali, e quindi anche le disposizioni che loro ingiungono di tenere determinati libri. D'altra parte le registrazioni che debbono farsi dai mediatori, sono, per la loro indole e per il loro scopo, troppo diverse da quelle che sono generalmente imposte a' commercianti, per poter essere utilmente regolate con uniformi disposizioni.

Il nostro Codice nel Titolo II si occupa anche dell'autorità dei Libri di commercio e del loro valore probatorio; ma è facile convincersi che quelle disposizioni siano meglio collocate nel Titolo che riguarda le *Obbligazioni Commerciali in generale* e i modi di provarle, e quindi furono in esso trasferite. (Pag. 70 e 71).

3. La maggior parte delle legislazioni, sull'esempio del Codice Francese, stabiliscono tassativamente quali e quanti Libri deve tenere ciascun commerciante, e generalmente sono tre: cioè il Libro-giornale, il copia-lettere e il Libro degli inventari. Così dispongono i Codici Francese (art. 8 e 9), Italiano (art. 16 e 17), Portoghese (art. 219, 220 e 221), Olandese (art. 6, 7 e 8), di Buenos-Ayres e dell'Uraguay (art. 55), del Brasile (art. 10, n. 4 e 11) e la Legge Belga (art. 16 e 17). Il Codice Spagnuolo (art. 32 e 56-61) vuole anche un Libro maestro o dei conti cor-

renti. Il Codice Germanico dichiara dapprima, che ogni commerciante è obbligato a tenere dei Libri dai quali si possano rilevare completamente i suoi affari di commercio e lo stato delle sue sostanze (art. 28), ma poscia pretende un copia-lettere e un Libro degli inventari (art. 28 e capov. 29).

Altre legislazioni invece, come la Inglese, e il Progetto Svizzero (art. 18), non obbligano il commerciante a tenere determinati Libri, ma lasciano a lui piena libertà, purchè però il suo stato economico e giuridico si possa raccogliere con la maggior sicurezza dalla ispezione dei Libri tenuti.

Nel seno della Commissione del 1869 si discusse, se quest'ultimo sistema di libertà fosse preferibile al primo. Fu osservato, che colla ingiunzione di determinati Libri si corre rischio di richiedere più di ciò che è necessario, ovvero di accontentarsi di molto meno di ciò che è indispensabile, secondo la natura dei diversi affari, a raggiungere lo scopo della legge.

Ma fu opposto, che per modificare così profondamente un sistema entrato da tanti anni nelle nostre abitudini, converrebbe che fosse dimostrato che il sistema stesso è difettoso; ed inoltre fu notato, che tanto il Codice Germanico quanto il Progetto Svizzero sono destinati a reggere un paese diviso, in cui è ancora tanta varietà nelle istituzioni di diritto e di procedura, il che appunto consigliava la generalità delle disposizioni adottate (1).

Tali ragioni mi convinsero, e nell'attuale Progetto nulla ho creduto di innovare al sistema vigente.

I Libri di commercio richiesti dal nostro Codice sono tre.

Il *Libro-giornale* (2) è il più importante di tutti, ed in esso deb-

(1) Verb., n. 138.

(2) I Romani lo chiamarono Codex rationum, o semplicemente Ratio, e la Legge ff. De edendo così ne descrive l'ufficio: « Rationem autem esse, Labeo ait, ultro citraque dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem ». — Da qui fu tolta l'enumerazione delle indicazioni, che, secondo BARTOLO, BALBO e STRACCA, i commercianti devono fare nel Libro-giornale: « Debent quae receperunt scribere, et quidem nominatim a quo receperint, et ex qua causa; item cui dederint, nominatim debent scribere. Item et diem receptarum rerum speciatim inserere; si enim praedicta spe-

bonsi annotare giorno per giorno i debiti e i crediti del commerciante, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, le accettazioni o girate di effetti, e generalmente tutto quanto riceve o paga per qualsivoglia titolo, oltre la dichiarazione mese per mese delle somme impiegate per le spese della casa (art. 16 del Cod. vig.) (1).

Fu già riconosciuto da autorevoli scrittori e dalla giurisprudenza, che questo Libro deve contenere tutte le operazioni, *anche non commerciali*, che possano esercitare influenza sullo stato di fortuna d'un commerciante (2).

Perciò reputai conveniente di esprimere con chiarezza (art. 20), che nel Libro-giornale, debbono essere inscritti tutti gli introiti ed i pagamenti del commerciante per qualsivoglia titolo *civile* o *commerciale*, per escludere ogni dubbio, e perchè la precisa conoscenza dei fatti che interessano il di lui commercio è del pari utile, anzi necessaria.

Importante è altresì il *Libro copia-lettere e telegrammi*, imperocchè la maggior parte delle operazioni di qualche rilievo non si possono fare senza corrispondenza (3). — Il commerciante deve copiare sopra un libro le lettere e i telegrammi che spedisce, e conservare in fascicoli le lettere e i telegrammi che riceve (4).

ciatim et singulatim non scripserint, non videtur reddita ratio . . . . . . Et requiritur in codice omnia singulariter et explicite scribi et exprimi: implicitae enim rationes esse non debent et summas in genere vel in concreto continere (STRACCA, De mercat., p. 2, n. 57 e 58 - RUOTA DI GENOVA, decis. 164, n. 22) ».

(1) Così dispongono anche i Codici Francese, art. 8, Spagnuolo, art. 33 a 35, Portoghese, art 219, Olandese, art. 6 e 7, Brasiliano, art. 12, di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 56, e la Legge Belga, art. 16.

(2) AZUNI, Libri mercantili, § 7; PARDESSUS, vol. I, n. 86; NAMUR, vol. I, n. 202; Cassazione di Francia, 25 nevoso anno X.

(3) PARDESSUS, vol. I, n. 89. On ne peut concevoir un commerce d'une certaine étendue, sans correspondance; et il est inutile d'expliquer l'intérêt que doit avoir un commerçant à se souvenir de ce qu'il a écrit, à prouver ce qu'on lui a mandé; NAMUR, vol. I, n. 203.

(4) Questa disposizione trovasi nei Codici Francesi, art. 8, Spagnuolo, art. 33 e 57, Brasiliano, art. 12, Portoghese, art. 220, di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 63 e 64, Germanico art. 28 e nella Legge Belga, art. 16.

Di non minore utilità è il *Libro degli inventari*, da cui deve risultare la esatta descrizione dello stato patrimoniale del commerciante. Questo Libro mostra al commerciante come procedono i suoi affari, ed egli sarà avvertito in tempo per arrestarsi, se le circostanze fanno presagire una catastrofe.

Il nostro Codice (art. 17), come i Codici Francese (art. 9), Olandese (art. 8), Brasiliano (art. 10, n. 4) e la Legge Belga (art. 17), esige che l'inventario si faccia ogni anno.

Il Codice Spagnuolo invece (art. 38), il Codice Portoghese (art. 228), quello di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 62) stabiliscono che l'inventario si faccia ogni 3 anni; il Codice Germanico (art. 29) ogni anno, ma per i commercianti al minuto ogni due anni.

Nel nostro Codice l'art. 16 accenna ad altri Libri, che sono d'uso nel commercio, ma non indispensabili. La prudenza infatti consiglia ai commercianti di tenere altri Libri, oltre quelli prescritti dalla legge.

Tali sono il *Libro maestro*, destinato a contenere per ordine alfabetico i nomi delle persone con cui il negoziante trovasi in relazione d'affari o di somministrazioni, il *Libro di cassa* (1), che indica i pagamenti e le riscossioni, il *Libro delle compre e vendite*, il *Libro delle cambiali*, *delle scadenze*, il *Libro d'entrata e d'uscita*, ecc. (2).

Però i Libri, che tutti i commercianti hanno l'obbligo di tenere, sono quei tre innanzi accennati. La legge non distingue tra i commercianti all'ingrosso ed i commercianti al minuto (3): all'obbligo della tenuta dei Libri soggiacciono tutti. Quando esaminavasi e discutevasi il Codice Francese, alcuni Tribunali proposero, che si eccettuassero i commercianti al minuto; ma fu osservato in contrario che, o essi negoziano a contanti, ed allora è indifferente se tengono o no i Libri prescritti, perchè non possono cadere in

(1) Quaterno di cassa (Ansaldus, disc. 66 n. 5.).

(2) Pardessus, vol. I, n. 87; Massé, vol. VI, n. 117.

(3) Massé vol. VI, n. 116.

fallimento; o invece fanno in parte i loro affari a credito, ed allora devono anch'essi tenere i Libri per conoscere il loro dare ed avere (1)..(Pag. 71 a 75).

4. Il legislatore ha prescritto alcune formalità per assicurare l'esattezza e la sincerità delle enunciazioni contenute nei Libri, e per impedire le falsificazioni, le alterazioni e le sostituzioni dei medesimi.

I Libri devono essere tenuti per ordine di date, di seguito, senza spazi in bianco e trasporti in margine. Sono vietate le abrasioni, ed essendo necessaria qualche cancellazione, questa deve farsi in modo che le parole cancellate siano tuttora leggibili (art. 20 del Cod. vig.) (2).

Prima d'essere posti in uso devono essere numerati e firmati per ciascun foglio da un giudice del Tribunale di Commercio o dal Pretore del luogo di residenza del commerciante. Però il Progetto preliminare e l'attuale, sull'esempio della Legge Belga (art. 18), sopprimono quest'obbligo rispetto al Libro copia-lettere e telegrammi, perchè l'adempimento ne riesce in pratica assai difficile (3), e perchè tale cautela, quando sia applicata al Libro-giornale e al Libro degli inventari, può senza inconvenienti omettersi riguardo al Libro copia-lettere e telegrammi.

Nell'ultima pagina di ogni Libro dev'essere dichiarato il nu-

(1) Analyse des observat. des Trib., pag. 17; LOCRÉ, Esprit du Code de Comm., t. 1, pag. 63; ALAUZET, tom. I, n. 56; BORSARI, vol. I, n. 104.

(2) Egualmente dispongono i Codici Germanico, art. 32, Brasiliano, art. 14, di Buenos-Ayres, art. 60. — Il Codice Francese, art. 10, il Codice Spagnuolo, art. 41, e la Legge Belga art. 19, vogliono soltanto che i Libri siano tenuti per ordine di date, senza spazii in bianco, lacune o trasporti in margine. — Il Progetto Svizzero non dà alcuna particolareggiata disposizione; dice soltanto che i Libri devono essere tenuti con chiarezza, art. 18.

(3) Difatti nell'uso generalmente invalso la copia delle lettere si fa con un sistema speciale per cui si adopera un libro composto di fogli di carta sottile senza colla, che non si presta assolutamente a ricevere la prescritta enumerazione e sottoscrizione d'ogni foglio; sicchè la prescrizione di legge non può nella maggior parte dei casi essere osservata — Commissione del 1869, Verbali, n. 787. (Nota dell'A.).

mero dei fogli che lo compongono, con l'aggiunta della data di tempo e di luogo e della sottoscrizione del Giudice o del Pretore; il tutto senza spese, per indurre i commercianti ad obbedire più facilmente alla legge (art. 18 del Cod. vig.) (1).

Il Libro-giornale poi dev'essere presentato una volta all'anno al Tribunale di Commercio o al Pretore, perchè sia vidimato immediatamente sotto l'ultima registrazione. Il Progetto preliminare (art. 26) propone di rendere facoltativa la vidimazione col mezzo di notaro, che ne faccia constatare nel suo repertorio, per la considerazione che la chiusura del Libro-giornale per parte dell'autorità giudiziaria potrebbe rendere necessaria la giacenza di esso nell'ufficio almeno per qualche ora, e destare la diffidenza del commerciante, o impacciarne gli affari.

Io però ho dubitato se sia conveniente di permettere *in tutti i casi* al commerciante di far eseguire da un notaro l'annua vidimazione del Libro-giornale, ed ho pensato che se tale facoltà può essere utile nei luoghi dove non risiede un Pretore, per evitare i disagi e le difficoltà del trasporto di un sì importante registro da un luogo all'altro, essa potrebbe eventualmente aprir l'adito a non rari abusi, e non sarebbe quindi sufficientemente giustificata nei luoghi ove risiede un Pretore o il Tribunale. Perciò mi sono determinato a restringerne di conformità la troppo generale ampiezza (art. 22). (Pag. 75 a 77).

5. Il nostro Codice, come il Codice Francese e la Legge Belga, molto opportunamente non detta alcuna disposizione intorno alla lingua in cui debbano o possano essere tenuti i Libri di commercio. Se il Giudice ignorasse la lingua in cui sono scritti, li farebbe tradurre da interpreti giurati a spese delle parti.

Il Codice Germanico invece (art. 32) prescrive che i Libri di commercio siano scritti in una lingua vivente, e coi caratteri di questa. Il Codice Brasiliano (art. 16) ed il Codice di Buenos-

(1) Eguale prescrizione leggesi nei Codici Francese, art. 11, Spagnuolo, art. 40, Brasiliano, art. 13, di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 65 e nella Legge Belga, art. 18.

Ayres e dell'Uruguay (art. 79) esigono che siano scritti nella lingua del paese; e se, appartenendo a stranieri, fossero scritti in altra lingua, il Giudice deve farli prima tradurre, per la parte che riguarda la controversia, in lingua nazionale da interprete giurato. Il Codice Spagnuolo (art. 54) aggiunge anche una sanzione, e punisce di multa la tenuta di Libri di commercio in lingua diversa dalla Spagnuola, ed inoltre obbliga il commerciante a farli tradurre in questa lingua. (Pag. 77).

6. Non importa poi che i Libri siano tenuti personalmente dal principale o da un suo institore (1). La pratica contraria sarebbe impossibile, qualora il commercio avesse preso qualche estensione, ed infatti nell'uso la tenuta dei Libri è un lavoro affidato specialmente ad un commesso di ciò incaricato, *juveni, institori vel complimentario.*

Il Codice Portoghese però, con soverchio rigore, nell'art. 230 dispone, che i Libri non possano esser tenuti da altra persona, se a questa il principale non abbia conferito all'uopo una speciale autorizzazione scritta, da essere pubblicata nel Registro di Commercio. (Pag. 77 e 78).

7. Il nostro Codice (art. 26) stabilisce che i commercianti debbono conservare i Libri di commercio per 10 anni, e il Progetto preliminare (art. 30) e l'attuale (art. 32 ult. cap.) estendono questo obbligo anche ai mediatori.

Quasi tutte le legislazioni prescrivono che i Libri vengano con-

(1) Liber mercatorum non refert, an ab ipso mercatore vel ab alio scriptus sit. Stracca, De mercat., p. 2, n. 65.

Questa opinione di Stracca era pure l'opinione di tutti i Tribunali, e di tutti gli scrittori di Diritto Commerciale. Infatti la Ruota di Genova così diceva: « Liber plene probat contra mercatorem, etiam quod partitae fuissent altera manu conscriptae, quia praesumerentur volente et mandante illo conscriptae apud quem liber tenetur, nisi contrarium doceri potest evidenter ». Dec. xxxi, n. 7. — Anche Ansaldo era di questo avviso, Disc. 75, n. 12, e disc. gen. n. 120; e Casaregis così esprimevasi: « Libri mercatorum vel partitae in eis scriptae ab alio, praesumuntur scripti vel scriptae de eorum mandato »: Disc. 35, n. 55.

servati per un tempo determinato, che è di *dieci* anni (come presso di noi) per il Codice Francese (art. 11), per il Codice Germanico (art. 33), per il Progetto Svizzero (art. 19) e per la Legge Belga (art. 19), è di *venti* anni per i Codici di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 80), ed è di *trenta* anni per il Codice Olandese (art. 9) e per il Codice Portoghese (art. 223).

Forse meglio di tutti dispone il Codice Spagnuolo (art. 55), il quale obbliga il commerciante a conservare i libri per tutto il tempo che continua nell'esercizio della sua industria, e fino a che non sia finita la liquidazione di tutte le operazioni relative ad esso, perchè fino a quel momento i libri di commercio possono essere della massima utilità.

Ma sarebbe difficile vincere le abitudini del commercio in paesi, ove da lungo tempo è invalso il sistema che limita ad un solo decennio l'obbligo della custodia e conservazione dei Libri commerciali.

Il nostro Codice, come il Codice Francese e la Legge Belga (1), non dice da qual giorno cominci a decorrere il termine per la conservazione dei Libri, mentre invece i Codici di Buenos-Ayres e dell'Uruguay stabiliscono la decorrenza dal giorno della cessazione dell'esercizio mercantile, ed il Codice Germanico e il Progetto Svizzero, in ciò seguiti dal Progetto preliminare e dall'attuale (art. 25), fanno decorrere il termine dal giorno dell'ultima registrazione. È ben ragionevole simile disposizione, perchè potrà dirsi che un libro di commercio si comincia a conservare, solo allora che esso non serve più ad alcuna registrazione.

Tuttavia non è da credersi che dopo il termine stabilito i libri di commercio perdano la loro forza probatoria, di cui si parlerà nel Titolo VI, perchè il tempo della conservazione fu stabilito soltanto per ragioni d'interesse pubblico e specialmente per il caso di fallimento.

La prudenza consiglia di conservarli per un tempo più lungo....

(1) « Ces dix ans commencent à partir du moment où les livres sont clôurés ». NAMUR, vol. I, n. 214; BEDARRIDE, Des commerçants, n. 236.

Fino a che i libri esistono, non cessano di far fede, e il commerciante che li ha conservati può essere costretto a presentarli in giudizio anche dopo i 10 anni (1).

Morto il commerciante, il dovere della conservazione passa ai suoi eredi. Ciò espressamente dispongono il Codice Spagnuolo (articolo 55) e i Codici di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 80). (Pag. 78 a 80).

8. Ma il commerciante che non ottemperasse alla legge, e non tenesse i libri prescritti, o li tenesse senza le formalità volute, a quale sanzione sarebbe egli soggetto?

L'art. 701 del nostro Codice statuisce che in caso di fallimento tale commerciante *può* esser dichiarato colpevole di bancarotta semplice, purchè non siavi frode. Il MASSÉ però (2) giustamente osserva che questa non è una vera ed efficace sanzione, perchè la disposizione dell'art. 586 (3) è puramente facoltativa per il giudice, il quale dovrà aver riguardo alle circostanze ed alla natura del commercio.

Con ragione adunque il Progetto preliminare (art. 923) e l'attuale (art. 840) (4) non comprendono il caso della non tenuta dei libri tra quelli in cui è facoltativo al giudice dichiarare il commerciante colpevole di bancarotta semplice, ma lo collocano fra i casi che costituiscono necessariamente per legge tale reato.

V'ha però chi crede che anche questo non basti (5). Imperocchè supposto il caso che non accada il fallimento, il commerciante,

(1) « La présomption légale, que de sa nature doit céder à la vérité, cesse dès ce moment; le magistrat, affranchi de son empire, peut ordonner la représentation, et si on la lui réfuse, déférer le serment à l'autre partie »: DELAMARRE ET LEPOITVIN, Contr. de Commiss., tom. I, n. 286; ALAUZET, n. 74; MOLINIER, n. 217. — « Aussi longtemps que les livres existent, la représentation peut toujours en être ordonnée »: NAMUR, vol. I, n. 214; Caen, 24 giugno 1828; Rouen, 10 novembre 1817; BORSARI, n. 109.

(2) MASSÉ, op. cit., vol. VI, n. 116.

(3) Corrispondente all'art. 701, n. 6 del nostro Codice (del 1865).

(4) Art. 856 del Codice ora vigente.

(5) VIDARI, Corso di diritto commerciale, vol. I, n. 212.

che disobbedisca alla legge, non è colpito perciò da sanzione alcuna. È vero che non tenendo i libri voluti, egli non se ne potrà anche valere in giudizio, ma questo non è che un danno eventuale, e per il caso che insorga contestazione. Imposto un obbligo, sarebbe d'uopo colpire sempre chi non voglia eseguirlo, come fa il Codice Spagnuolo (art. 45), che punisce di multa i contravventori (1) (Pag. 80).

9. Benchè ULPIANO intorno all'*actio ad exibendum* dicesse: « haec actio per quam necessaria est, et vis ejus in uso quotidiano est (2) », il nostro Codice di Procedura Civile è affatto privo di norme relative alla esibizione coatta di documenti. Deve quindi occuparsene il Codice di Commercio, il quale permette la *comunicazione* e l'*esibizione* dei libri di commercio.

La comunicazione si fa all'altra parte in giudizio; l'esibizione si fa al magistrato.

La prima, permettendo un pieno esame del contenuto nei libri, non può essere ordinata se non nelle controversie giudiziali che hanno luogo in materia di successioni, di società, di comunione di beni o di fallimenti, nei quali casi tutti vi ha comunanza di dominio e d'interesse fra le parti litiganti, e quindi i libri possono quasi riguardarsi cosa comune.

Invece la esibizione dei libri può essere ordinata dal giudice commerciale in qualunque controversia, ma soltanto per farne ricavare gli estratti di particolari annotazioni relative all'argomento della contesa.

Altrettanto dispongono i Codici Francese (art. 14 e 15), Spagnuolo (art. 50 e 51), Germanico (art. 40), Brasiliano (art. 18 e 19), di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 71 e 72), la Legge Belga (art. 21 e 22) ed il Progetto Svizzero (art. 26).

(1) Veggasi l'APPENDICE alla presente Relazione, relativamente alle osservazioni dei Tribunali nella materia dei fallimenti, e vi si troverà proposto un articolo da aggiungersi al presente Titolo, con la comminatoria di una pena al commerciante che non tenga i Libri dalla legge prescritti.

Quest'Appendice non si è poi potuta fare (Nota dell'A.).

(2) L. 1, Dig. Ad exhib.

La comunicazione si esegue mediante deposito dei libri nella Cancelleria, se un modo diverso non sia concordato fra le parti contendenti.

L'esibizione può essere chiesta dalle parti od anche ordinata di uffizio (art. 27 del Codice del 1865). Della comunicazione non è espressamente disposto se il giudice per illuminare la propria coscienza possa egualmente ordinarla di ufficio, benchè concorrano ragioni eguali o forse maggiori (art. 11). Su questo proposito è muto pure il Codice Francese (art. 14), mentre il Codice Spagnuolo (art. 50), perchè la comunicazione dei libri venga ordinata, richiede sempre l'istanza della parte. Il Codice del Chilì invece (art. 42), dispone espressamente che la comunicazione possa essere ordinata anche d'ufficio. Non mancano alcuni Codici che non permettono anche la semplice esibizione, senza apposita richiesta di una delle parti (Codice Germanico, art. 37), ed altri che in proposito interamente taciono.

Non parve necessaria un'espressa disposizione di legge per autorizzare il Tribunale a commettere ad uno dei suoi membri o ad un notaro di esaminare i libri d'un commerciante e di estrarne determinate annotazioni, secondo il voto espresso da qualche Camera di Commercio (Forlì), non potendo dubitarsi che ciò rientri nelle ordinarie facoltà istruttorie dei magistrati.

Una sola variante il Progetto definitivo apportò nella presente materia al Progetto preliminare. In questo l'art. 37 estendeva il divieto della comunicazione dei libri ed inventari, fuorchè in affari di successione, società, fallimenti o comunione di beni, anche alle *lettere* e *telegrammi*, dei quali più non si parlava nell'articolo successivo riguardaute l'esibizione. Ciò poteva indurre nella erronea credenza, che il giudice non avesse facoltà di ordinare la comunicazione anche di singole lettere o telegrammi in giudizi commerciali riflettenti altre materie. Ora, poichè nell'art. 20 del Progetto definitivo, conforme all'art. 24 del Progetto preliminare, si è imposto l'obbligo al commerciante di conservare in fascicoli le lettere e i telegrammi che riceve, e di copiare sopra un libro le lettere e i telegrammi che spedisce, volendosi coordinare l'e-

stensione delle disposizioni riguardanti la comunicazione e l'esibizione anche alle lettere ed ai telegrammi, si è stabilito che la *comunicazione* delle intere collezioni o fascicoli delle lettere e dei telegrammi ricevuti, e dei libri in cui sono copiati quelli che si spediscono, non possa essere ordinata fuorchè nei giudizi relativi agli oggetti speciali indicati nell'art. 26; ma che anche in qualunque altra specie di giudizi possa ordinarsi l'*esibizione* di singole lettere o telegrammi riguardanti la controversia. (Pag. 81 a 83).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Rinvio alla Relazione Ministeriale al Senato.

2. Ancora sulla inosservanza delle prescrizioni di legge riguardo alla tenuta dei libri.

3. Del principio che l'obbligo di tenere i libri prescritti dalla legge e di conservare le lettere ed i telegrammi, incumbe a tutti i commercianti; e della maniera di tenere il libro-giornale.

4. L'inventario annuale deve comprendere anche ciò che non è destinato al commercio. Ragione di questa disposizione.

5. Dei libri ausiliari. Essi non possono tener luogo per gli effetti di legge dei libri prescritti, e possono servire solo ad afforzare e spiegare le indicazioni di questi.

6. Dei libri usati anticamente.

7. Cenno sulla *partita semplice* e sulla *partita doppia*, in cui possono essere tenuti i libri di commercio.

8. Della comunicazione dei libri e dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi per affari di successione, di società, di fallimenti e di comunione di beni: quando sia un diritto propriamente delle parti, e quando sia una facoltà del giudice.

9. Spiegazioni relative agli affari di successione, di società e di comunione, nei quali può essere ordinata la detta comunicazione: l'associato in partecipazione, quegli a cui sia accordata una partecipazione agli utili in aggiunta all'interesse di capitali, ovvero per tenerne luogo, ed il commesso interessato non hanno diritto alla comunicazione medesima.

10. Sulle spese del relativo deposito.

11. La facoltà di ordinare la esibizione dei libri e dei fascicoli di lettere

e telegrammi commerciali è affidata al potere discrezionale del giudice: per ottenerla non occorre vincolarsi a prestarvi fede, nè una simile dichiarazione basta a conseguirla. La detta facoltà compete pure al giudice civile.

12. Criteri direttivi dell'esercizio della facoltà medesima.

13. Forma della comunicazione e della esibizione dei libri di commercio e della corrispondenza.

14. Modo di esecuzione della esibizione dei libri, per estrarne ciò che riguarda la controversia.

15. Se l'obbligo della comunicazione e della esibizione dei libri si estenda anche ai libri ausiliari, ed al tempo successivo a quello durante il quale la loro conservazione è obbligatoria, quando siano stati appunto conservati.

16. Mezzi con cui ottenere effettivamente la comunicazione e la esibizione dei libri e delle corrispondenze commerciali che siano state ordinate; e sanzioni relative.

17. *Quid* se i libri e la corrispondenza siano passati in mano di altri, e specialmente di cessionari.

1. Questo titolo del Codice dedicato ai *Libri di commercio* ha così ampia illustrazione nella surriportata Relazione Ministeriale al Senato, che nel commento al Titolo medesimo giova innanzi tutto riferirsi ad essa.

Difatti ivi si spiega la ragione e la necessità degli stessi libri di commercio, secondo la natura delle cose e l'antica osservanza e consuetudine (I, n. 1): si giustifica la distribuzione data alla relativa materia (n. 2): si giustifica pure la disposizione per la quale sono tassativamente prescritti senza distinzione fra commercianti all'ingrosso ed al minuto, i tre libri obbligatori, che sono il giornale, il copia-lettere e telegrammi ed il libro degl'inventari, oltre ai libri ausiliari, dei quali si accennano i principali, e si giustifica del pari la disposizione, per la quale si vuole che nel libro-giornale sia descritto tutto quanto il commerciante riceve o paga, anche per titolo civile (n. 3): si giustificano anche e si spiegano le formalità prescritte per assicurare l'esattezza e la sincerità dei libri commerciali, e per impedirne le alterazioni e le falsificazioni (n. 4): si dichiara come il commerciante possa tenere i suoi libri in qualsiasi lingua, e possa pure farli tenere da chi vuole (n. 5 e 6): spiegandosi la ragione della disposizione relativa al tempo

pel quale dura l'obbligo della conservazione dei libri, la si giustifica, eliminando il dubbio che potrebbe da taluno sollevarsi sulla forza loro probante anche dopo quel tempo, e sulla facoltà che ha il giudice di ordinarne la produzione anche dopo quel tempo appunto, quando si siano conservati, e si dimostra l'utilità di conservarli anche dopo i dieci anni (n. 7): si parla delle sanzioni a cui è soggetto il commerciante che non ottempera alla legge in questo particolare della tenuta dei libri (n. 8): vi si spiegano le disposizioni relative alla *comunicazione* ed alla *esibizione* dei libri medesimi, mettendone in luce le differenze e dichiarandone i modi, e si elimina il dubbio intorno alla facoltà che spetti ai Tribunali di far esaminare i libri del commerciante e di farne estrarre determinate annotazioni, spiegandosi pure come le regole relative alla comunicazione ed alla esibizione dei libri, e le loro distinzioni, siano comuni alle lettere ed ai telegrammi ricevuti (n. 9).

2. Nel particolare delle sanzioni per la contravvenzione del commerciante alla legge in ordine alla tenuta dei libri prescritti ed alle loro formalità, non si è dato seguito alla proposta che era stata fatta, come è accennato nella nota surriportata alla Relazione Ministeriale al Senato (su questi articoli, I, n. 8), di un articolo da aggiungersi al presente Titolo con la comminatoria di una pena al commerciante che non tenga i libri dalla legge prescritti; ed a ragione, perchè sarebbe stato per avventura spingere tropp' oltre le cose.

Ma il commerciante intelligente non vorrà omettere l'osservanza di prescrizioni che non sono punto gravi, che il semplice spirito d'ordine dovrebbe suggerire e la cui osservanza può essere di tanta utilità, di quanto danno può per contro essere la loro omissione. Ed è sempre vero quello che scriveva dei suoi tempi il SAVARY, che in difetto di sanzione penale alle prescrizioni di legge di cui si tratta, il commerciante è libero di tenere o non tenere i libri, e di tenerli in conformità di legge, ovvero no; ma alla condizione che coloro che si valgono di codesta libertà per non farlo, non abbiano giammai contestazioni con alcuno relativamente ai loro commerci, che per giustificare le loro azioni o le

loro eccezioni in giudizio, non abbiano mai bisogno dei loro libri, che paghino sempre esattamente i loro debiti, e che loro non accada mai di subire perdite considerevoli, che li metta nella condizione di non poter pagare i loro debiti stessi (1); ed un altro illustre scrittore francese (2), dopo di aver tratteggiato con eloquenti parole le conseguenze della mancanza dei libri, la quale in caso di fallimento espone il commerciante a tutti i sospetti, e può facilmente privarlo del beneficio del concordato, conchiude esclamando col SAVARY: « Si troverà qualche commerrciante che possa, a meno di aver perduta la ragione, correre di tali rischi, anzichè sottomettersi a formalità che nulla costano? ».

E nulla veramente costano, giacchè non può darsi importanza alla lieve tassa di bollo di centesimi dieci su ciascun foglio, a termini dell'art. 20, n. 8, della Legge sulla tassa di bollo 13 settembre 1874, n. 2077 (serie 2ª).

3. Si è veduto come nel concetto del nostro legislatore non si debba distinguere relativamente all'obbligo imposto al commerciante dall'art. 21 del Codice, di tenere i libri prescritti e di conservare in fascicoli le lettere ed i telegrammi che riceve, fra commercianti all'ingrosso e commercianti al minuto (3); ma è ben inteso che tale principio deve applicarsi *sano modo*.

È impossibile, come rispose la Commissione di legislazione che attese alla compilazione del Codice di Commercio Albertino a relativa domanda del Senato di Genova, il supporre che tutti i negozianti anche piccolissimi e del più minuto dettaglio possano ed abbiano a tenere gli stessi libri, nella medesima forma e colla stessa regolarità (4); e già ho avuto occasione di avvertire coll'autorità anche di reputati scrittori antichi e moderni come non possano essere considerati commercianti nel vero senso della parola, e non possano quindi essere obbligati alla tenuta dei libri,

(1) Parfait négociant, tom. I, pag. 293.

(2) BEDARRIDE, Des comm. ct des livr. de comm., n. 270.

(3) Su questi articoli, I, n. 3.

(4) Risposte della Commiss. di legislazione alle Osservazioni ecc., pag. 41.

coloro che provvedono poche materie prime per trasformarle esercitando la propria arte, e coloro il cui traffico sia assai limitato, e, per esempio, abbiano il loro fondo di commercio circoscritto ad una gerla o ad un piccolo banco: i quali, come ivi ho detto, mirano a guadagnarsi il pane anzichè a speculare. Ed ivi ho pure notato che nella distinzione che deve farsi a tal riguardo, la quale deve affidarsi alla saviezza dei Tribunali, può prendersi per guida lo scopo appunto che risulti essersi proposto quegli del quale si tratti, se cioè abbia operato soltanto per campar la vita, ovvero per far propriamente lucro (1).

Un criterio direttivo autorevole può pure attingersi dall'art. 10 del Codice di Commercio Tedesco, secondo cui le disposizioni dello stesso Codice relative fra l'altro ai libri di commercio, non si applicano ai rivendigliuoli, rigattieri, merciaiuoli girovaghi ed a simili esercenti di piccolo traffico, come neppure agli osti (d'infimo ordine), ai vetturali e barcaiuoli ordinari, nè a persone, la cui industria si riduca ad un mestiere; la quale ultima disposizione conferma il concetto dianzi espresso.

Ed altro criterio direttivo parimenti autorevole può ancora desumersi dal § 7 della Legge 17 dicembre 1862 per l'attuazione del detto Codice di Commercio in Austria, la quale, in relazione alla riserva di cui nel succitato art. 10 del Codice, ha stabilito che l'obbligo fra l'altro della tenuta dei libri incumbe a quei commercianti, i quali dai proventi del loro negozio devono pagare annualmente a titolo d'imposte dirette erariali nella capitale almeno cinquanta fiorini, in luoghi di oltre 50,000 abitanti quaranta, in luoghi di oltre 10,000 fino a 50,000 abitanti trenta, ed in luoghi di 10,000 abitanti o meno, venti fiorini.

Deve pure applicarsi ragionevolmente l'altra prescrizione dello art. 21, relativa al tenersi dal commerciante il libro-giornale per modo che rappresenti giorno per giorno le sue operazioni; e così il commerciante al minuto non può essere obbligato all'impossibile adempimento di registrare tutte le sue operazioni giornaliere,

(1) Sugli art. 8 a 20, II, n. 3.

ma deve bastare che esso enumeri in blocco alla fine di ciascun giorno il prodotto delle sue operazioni e vendite a contanti, registrando però separatamente le vendite fatte a credito (1).

4. Affinchè l'inventario che il commerciante deve fare in ciascun anno de' suoi beni mobili ed immobili e de' suoi debiti e crediti raggiunga completamente il suo scopo, che è quello che egli possa rendersi esatto conto della propria posizione, specialmente alla fine di ogni anno, si è prescritto nell'art. 21 che esso comprenda anche ciò che non è destinato al commercio; e le parole *di qualunque natura e provenienza*, che ivi si leggono, riportate dall'art. 17 del Codice di Commercio precedente, che a sua volta le riportò dall'art. 18 dell'Albertino, vennero aggiunte al corrispondente art. 9 del Codice Francese « per eliminare qualche dubbio insorto, se la disposizione della legge si riferisse solo agli effetti destinati a fondo di commercio e da esso derivanti » (2).

Sempre allo scopo anzidetto, che cioè mediante gl'inventari annuali il commerciante possa rendersi conto esatto della propria posizione, ed affinchè essi contengano, come dice la Relazione Ministeriale al Senato surriportata, la esatta descrizione del suo stato patrimoniale, vi si deve naturalmente di ciascuna cosa indicare in modo particolareggiato il valore in comune commercio, ed i crediti devono portarsi o per intiero o con quelle deduzioni che siano ragionevoli o per le spese di riscossione, o per la dubbia solvenza dei debitori.

5. I libri ausiliari del commercio, che sogliono tenersi oltre quelli prescritti dagli art. 21 e 22, e che sono in parte accennati nella Relazione Ministeriale anzidetta, sono principalmente: 1. Lo *scartafaccio* o *stracciafoglio*, destinato alle prime annotazioni fatte di fretta ed alla rinfusa, e come prima memoria delle operazioni che giornalmente si fanno dal commerciante; 2. Il *libro-mastro*,

(1) Dalloz, Rép., v. Commerçant, n.230; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 86; Bedarride, Des comm., n. 206.

(2) Annotazioni alla prima Minuta del Progetto del Codice di Comm. Albertino, pag. 8.

destinato a contenere sotto il nome di ciascuna delle persone colle quali il commerciante è in relazione di affari, e che sono notate in ordine alfabetico almeno nella rubrica, il conto di ciò che essa deve o di ciò che ad essa è dovuto, colla indicazione per ciascun articolo del numero del *libro* da cui l'articolo è riportato; 3. Il *libro di cassa*, nel quale si registrano i pagamenti e le riscossioni; 4. Il *libro copia-fatture*, in cui si copiano appunto o si trascrivono le fatture che si spediscono; 5. Il *libro delle cambiali*, in cui s'inscrivono tutti gli effetti cambiarii che entrano o sortono; 6. Il *libro delle scadenze*, che indica il giorno in cui si devono esigere o pagare l'ammontare degli effetti e delle fatture; 7. Il *libro di entrata e di uscita* o *di magazzeno*, che mette in misura di confrontare l'entrata e l'uscita delle merci, e di conoscere quindi lo stato dei magazzini; 8. Il *conto dei profitti e perdite*, che presenta il bilancio di tutti gli affari nel loro insieme.

I libri ausiliari o d'uso non possono tener luogo per gli effetti della legge dei libri prescritti; e se, come osserva un reputato scrittore, la legge tollerando i libri ausiliari ha con ciò stesso autorizzato il commerciante ad invocarli, non si può però ricorrere legalmente ad essi, se non per rinforzare o spiegare le indicazioni dei libri prescritti.

Lo stesso scrittore insegna che il contrario potrebbe essere ammesso nel caso in cui fosse provato che il libro-giornale fu distrutto per causa di forza maggiore o per altra causa indipendente dalla volontà del commerciante, adducendo per motivo che l'equità richiederebbe in tal caso di ammettere all'appoggio della di lui domanda tutti i documenti che siano rimasti dal naufragio, e quindi anche i libri ausiliari (1); ma non mi sembra questa opinione accettabile, perchè i libri ausiliari, destituiti di qualsiasi garanzia, ed esposti ad ogni mutazione che la parte voglia apportarvi, non possono elevarsi a mezzo probatorio senza una espressa disposizione di legge, e per un solo riguardo di equità: tanto più poi in conside-

(1) Bedarride, Des comm. etc., n. 217 e 218.

razione della larghezza delle leggi commerciali in fatto di prove, che offre forse sempre il modo al commerciante di supplire altrimenti alla perdita del libro-giornale, ed in presenza della disposizione dell'art. 50 del Codice, la quale portando che tutti i libri dei commercianti, in qualunque modo tenuti, fanno fede contro di essi, esclude per argomento *a contrario* che tali libri, in qualunque modo tenuti, possano far prova a loro favore, e così far le veci d[illegible]ibri che siano stati tenuti regolarmente.

6. Sembra che anticamente non si adoperassero che due libri, leggendosi nello STRACCA: « Solent mercatores, ut Ciceronis vocabulo utar, *adversaria* habere, item et *codicem:* sunt enim *adversaria* libelli in quibus mercatores primum rationes accepti et expensi negligenter sine ordine conscribunt, et memoriae gratia. *Codex* vero liber est, in quem rationes diligentissime prescriptae referuntur..... quos libros in patria mea vulgo *Giornale* et *Libro maestro* appellant. Unde ego credo *Codicem* ab Imperatore appellatum, et propter autoritatem, et quia omnes fere tituli et materiae in librum illum referuntur (1) ».

Al libro detto *adversaria* corrisponde quello che anche CASAREGIS scriveva appellarsi volgarmente *scartafaccio* (2), e che lo STRACCA denominava *giornale*, come risulta dal passo superiormente riportato; e quanto al *codex*, è dubbio se vi corrisponda quello che ora diciamo *giornale*, come osserva il MASSÉ (3), ovvero il nostro *mastro*, come sembrerebbe doversi desumere dal surriferito passo dello STRACCA, e come insegna il VIDARI (4). Inclino però alla prima opinione, perchè quando lo STRACCA si occupa di ciò che costituisce l'intrinseco del *codex rationum*, dà indicazioni tali che corrispondono all'attuale libro-giornale, anzichè al libro-mastro, scrivendo che in esso i commercianti « Debent quae receperunt scribere, et quidem nominative a quo receperint et ex qua causa; item cui dederint nominatim debent scribere. Item et diem

(1) De mercatura, pars 2, n. 51.
(2) Disc. 149, n. 11.
(3) Le dr. comm. etc., n. 2476.
(4) Corso di dir. comm. n. 207, 2°.

receptarum rerum speciatim inserere: si enim praedicta speciatim et singulatim non scripserint, non videtur reddita ratio. Non potest ille, cui ratio reddenda est intelligere ac dignoscere si quid machinationis in ipsis rationibus sit admissum. Ratio enim, quae non potest intelligi, non videtur reddi..... et haec vera, exceptis minimis expensis..... Et requiritur propter rationem proxime relatam, in codice omnia singulariter et explicite scribi et exprimi, implicitae enim rationes esse non debent, et summas in genere vel in concreto continere » (1). Però per contro conviene anche dire che l'Ansaldo ne darebbe un concetto diverso scrivendo che « Liber giornalis diurni nempe exitus et introitus et a quo, per speciem recompilationis seu brevis transumpti, desumatur alter, qui nuncupatur Mastro » (2); ed anche la Rota Genovese si espresse non diversamente, scrivendo in una sua Decisione, data in caso nel quale il *liber magistralis* era imperfetto e si attingeva la prova anche dal libro-giornale, che ciò poteva farsi « cum giornale dicatur protocolum ex quo formatur liber magistralis » (3).

Più anticamente poi vi era una pratica che, come osserva il Massé (4), non è più possibile oggidì, ma che dava al *codex rationum* una grande autorità, e così la narra l'Eineccio: « Solebat creditor, pecuniam, nomen debitoris, causam debendi, reliquasque circumstantias, praesente debitore, in tabulas rationum referre; idemque, praesente creditore, faciebat debitor: iique codices inter se comparati, si inter se similes reperiabantur, plenam faciebant fidem » (5).

7. I libri sono tenuti a *partita semplice* od a *partita doppia*. Nel primo caso il commerciante inserisce giornalmente nel suo libro-giornale le sue operazioni giornaliere, ed i suoi rapporti coi terzi vi sono scritturati colle due formole: *Deve il signor* ...,

(1) De mercatura, pars 2, n. 57 e 58.
(2) Disc. gen. De comm., n. 153.
(3) Decis. 173, n. 6.
(4) Le dr. comm. etc., n. 2474.
(5) De libris mercatorum, § 12.

oppure: *Avere il signor* . . . , colla successiva indicazione dell'articolo.

Poscia, poichè le diverse operazioni non sono inscritte nel giornale che coll'ordine della data, e poichè conseguentemente questo giornale non serve a vedere prontamente, e di un solo colpo d'occhio, ciò che si deve a ciascuno dei corrispondenti, o ciò chè è dovuto da essi, si rimedia a quest'inconveniente mediante il libro-mastro, nel quale un conto trovasi aperto a ciascuno di coloro coi quali si è in affari, e nel quale ciascun articolo del giornale si riporta al nome della persona che riguarda. Ciascun conto occupa sul libro-mastro due pagine, l'una dirimpetto all'altra, delle quali quella di sinistra contiene gli articoli che costituiscono debitore il corrispondente, e quella di destra contiene gli articoli che lo costituiscono creditore. Confrontando il totale delle somme portate a debito con quello delle somme portate a credito, si conosce, compensazione fatta, se il corrispondente rimane creditore o debitore.

La tenuta dei libri a partita semplice può convenire ai commercianti, i cui affari sono poco complicati; ma a coloro che fanno operazioni di una certa considerazione conviene tenere i libri a partita doppia.

Questo modo di contabilità ha il vantaggio di prevenire molti errori, perchè in esso ciascun articolo è controllato da un contro-articolo, di modo che converrebbe commettere due errori, precisamente della stessa somma, per non accorgersene. — In ogni operazione di commercio vi ha trasmessione di valori, e per conseguenza vi hanno due parti, delle quali l'una fornisce questo valore (il creditore), e l'altra lo riceve (il debitore). Affinchè questa operazione sia compiutamente rappresentata dai libri, occorre che essa sia portata in due conti diversi, a credito cioè di una delle parti, ed a debito dell'altra. Il commerciante che tiene i libri, è sempre l'una delle due parti contraenti. Egli deve dunque avere il suo conto, come ciascuno dei corrispondenti deve avere il suo. Ma se il commerciante che tiene i libri figurasse personalmente in ciascuna operazione, il suo conto nel libro-mastro sarebbe altrettanto lungo quanto il libro-giornale, e presenterebbe una grande con-

fusione. Per evitare questo inconveniente si è ingegnosamente immaginato di sostituire a questo conto generale molti conti speciali. A questo scopo si personificano i diversi generi di operazioni che costituiscono il commercio, si apre a ciascuna di queste persone fittizie un conto distinto, ed il commerciante che tiene i libri vi è rappresentato dall'insieme di questi conti separati. Così le *mercanzie generali* hanno il loro conto, che va addebitato di tutto ciò che si compra, e va accreditato di tutto ciò che si vende; la *cassa* ha il suo conto, che è addebitato del danaro che essa riceve, ed accreditato di quello che essa paga: il conto dei *profitti* e *perdite* è addebitato delle perdite che si subisce, ed è accreditato dei profitti che si fanno; e così di seguito. — Per esempio: se io ho venduto merci a Pietro, dopo di aver constatato sul mio giornale che questi deve a *Mercanzie generali* per il tale oggetto la tale somma, io porterò questo articolo sul mio mastro, tanto al conto delle *Mercanzie generali* che ne accrediterò, quanto al conto di Pietro, il quale per contro ne sarà addebitato. Più tardi ricevendo da Pietro il mio pagamento, accrediterò il suo conto del danaro che mi rimetterà, e ne addebiterò la *cassa*. — Di tal maniera ciascun conto essendo controllato da un altro, gli errori sono facilmente evitati o corretti; ed inoltre il commerciante può facilmente apprezzare lo stato esatto anche di ciascun ramo particolare del suo commercio.

8. Si è superiormente richiamato come possa ordinarsi la comunicazione in giudizio dei libri di commercio e dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi, la quale comunicazione consiste nel produrli in giudizio appunto, con piena facoltà dell'altra parte e dei giudici di esaminarli in ogni loro parte (1), nelle controversie soltanto che hanno luogo per affari di successioni, di società, di comunione di beni e di fallimenti; e ciò perchè la comunanza del dominio, che nei primi tre casi si verifica, e l'interesse legittimo congiunto alla cessazione del commercio, che si verifica nell'ultimo caso, fanno tacere la ragione della regola generale contraria, fondata sulla

(1) Su questi articoli, I, n. 9.

considerazione che nessuno è obbligato a rivelare ad altri la propria posizione finanziaria (1), specialmente in commercio, perchè il commerciante colla posizione propria rivela pure quella dei corrispondenti, non che il giro dei proprii affari, il cui segreto è spesso condizione necessaria di successo.

Può dubitarsi se la comunicazione debba sempre ordinarsi dal giudice siccome un diritto di chi si trovi nelle condizioni accennate nell'art. 27, ovvero sia in sua facoltà di ordinarla, oppur no, secondo che gli sembri opportuno e conveniente.

La Corte di Cassazione di Torino ebbe più volte ad occuparsi della quistione, e le sue decisioni, che possono sembrare a primo aspetto contraddittorie, offrono una giusta soluzione della quistione medesima sotto il diverso punto di vista in cui essa può presentarsi.

Nell'anno 1877, e giudicando a sezioni riunite (2), ritenne che « il diritto di ogni socio ad avere comunicazione dei libri e delle carte sociali è scritto nell'art. 25 del Codice di Commercio (del 1865, eguale all'art. 27 dell'attuale) in termini chiarissimi ed incondizionati, e che errava la Corte di rinvio e violava detto articolo quando diceva che il concedere tale comunicazione fosse riserbato al mero arbitrio dell'autorità giudiziaria »; e così era pure stato giudicato precedentemente da due sentenze della Corte di Appello di Genova, che saranno più avanti citate.

Due anni dopo la stessa Corte di Cassazione, annullando una sentenza della detta Corte d'Appello di Genova, considerò che « non potesse certamente approvarsi l'intelligenza data dalla Corte d'Appello all'art. 25 del Codice di Commercio, nel senso che da esso venga imposto con precetto assoluto ed indeclinabile di accogliere in tutti i casi l'istanza che una delle parti proponga acciò l'altra parte debba darle comunicazione in giudizio di libri, inventari, lettere e telegrammi propri del suo commercio, posciachè questa interpretazione non è autorizzata dai termini in cui è concepito l'arti-

(1) Quid enim tam durum, tamque inhumanum est, quam publicatione pompaque rerum familiarum, et paupertatis detegi vilitatem, et invidiae exponere divitias? L. 2 Cod., De quando et quib., quarta pars. etc.

(2) Cassaz. Torino 12 luglio 1877, Assereto e Lanata c. Beverino ed altri.

colo, in quanto che dal divieto di ordinare simili comunicazioni per affari che non concernano o società, o fallimenti, o comunione di beni, non discende punto logicamente la illazione che in questi affari la comunicazione non soltanto si possa, ma si debba imprescindibilmente dal giudice ordinare per ciò solo che una parte la richieda: la quale interpretazione non autorizzata dai precisi termini della legge, urta poi apertamente col sistema e colle norme generali delle prove, secondo cui non è mai di regola ammessa una prova che già si possa conoscere inconcludente; il qual principio implica il previo esame ed il giudizio del magistrato sulla pertinenza della prova offerta ed il diritto conseguente di respingerla, ove non la ravvisi influente alla quistione ed anzi manifestamente inutile ed inopportuna (1) »; e dopo due altri anni la Corte medesima di Cassazione giudicò nello stesso senso, ritenendo che « detto articolo (25), come ben rilevasi dal suo contesto, se permette venga ordinata la comunicazione in giudizio dei libri dei commercianti, allorchè si tratta di affari di società, lascia però alla prudenza del giudice l'apprezzare l'opportunità e la convenienza di tale ordine (2) ». E questa stessa sentenza ha pur sanzionato che il relativo giudizio, comechè di apprezzamento e di fatto, sfugge a censura in sede di Cassazione.

Come diceva superiormente, l'apparente contraddizione fra la prima e le ultime due sentenze della Corte di Cassazione Torinese, non sussiste in realtà, perchè la prima fu pronunciata in un caso nel quale la domanda della comunicazione dei libri e delle carte sociali, era stata fatta da azionisti di una società anonima « per poter trarre da quelle carte e da quei documenti nuove prove e nuovi fatti di abusi commessi dagli amministratori », onde si trattava della esplicazione del diritto di comproprietari dei libri e delle carte sociali, siccome sono i soci, i quali volevano esaminarli per trarne materiali e nozioni di fatto a tutela ed a norma dell'esercizio dei proprii diritti; e le altre due sentenze vennero pronunciate invece in casi in cui si

(1) Sentenza 4 luglio 1879, Pertusio sindaco della fallita Occello e figli c. Traversa. — Conf. App. Genova 10 dic. 1879, Amministrazione Banco Ligure, Azionisti c. Lanicca.

(2) Sentenza 14 febbraio 1881, Parodi c. Boero.

trattava di quistioni specifiche e determinate, relativamente alle quali si domandava la comunicazione dei libri come un mezzo di prova.

E per tal modo la giurisprudenza della Suprema Corte Torinese, dà quella giusta soluzione della quistione che io diceva, sotto il diverso punto di vista in cui essa può presentarsi, e cioè: quando si tratti dell'esame che taluno socio, o coerede, o comunista, o creditore voglia fare dei libri e delle carte della società, della eredità, della comunione o del fallimento, per trarne nozioni e materiali di fatto a tutela dei proprii diritti ed allo scopo di averne norma nel loro esercizio, la comunicazione è un diritto che il magistrato deve riconoscere e sanzionare, senza facoltà di moderarlo col suo prudente arbitrio; e quando invece si tratti della risoluzione di taluna quistione specifica e determinata, e la comunicazione si domandi come un mezzo di prova, essa può essere negata dal giudice quando non la ravvisi influente, così come in tal caso può negare qualsiasi altro incumbente probatorio che egli giudichi inutile allo scopo propostosi dalla parte che ne fa istanza.

9. Riguardo al primo caso in cui può farsi luogo alla comunicazione in giudizio dei libri, degl'inventari e dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi, che è quello in cui si tratti di *affari di successione*, è stato a ragione giudicato che il relativo diritto può esercitarsi da tutti coloro i quali hanno una quota di eredità, e così anche dai legittimari, e nel caso ancora in cui si tratti di causa di successione davanti ai Tribunali civili (1).

Affari di successione sarebbero pur quelli nei quali si discutesse o della prestazione di un legato che gli eredi volessero diminuire o diniegassero per insufficienza di attività ereditaria, o della riduzione di una donazione dopo l'apertura della successione come eccedente la porzione disponibile: deve ritenersi che in questi casi non potrebbe diniegarsi al legatario ed al donatario la comunicazione dei libri del commercio del testatore o donante, perchè quanto alle cose legate e donate essi hanno la rappresentanza del defunto, e perchè

(1) App. Genova 13 luglio 1866, Demaestri utrinque.

quando si contesta ai medesimi ciò che loro venne legato o donato, essi hanno diritto di difendersi mediante la determinazione della consistenza della eredità, e prendendo comunicazione di tutti i documenti relativi, fra cui sono i libri e le carte commerciali. — Nel caso invece in cui ai legatari si presti il legato, ed ai donatari si lasci quanto venne loro donato, essi rimangono estranei alla successione, e non potrebbero avere alcun diritto alla detta comunicazione (1).

Riguardo al secondo caso della comunicazione stessa, che è quello in cui si tratti di *affari di società*, è stato pure a ragione ritenuto che la relativa domanda deve essere accolta anche laddove quegli che la proponga non faccia più parte della società medesima, poichè trattandosi di affare che ad essa si riferisce, le parti hanno dovuto far calcolo sulle scritturazioni dei registri comuni, ed hanno perciò potuto trascurare di munirsi di altri mezzi di prova (2).

Le frasi poi di *affari di società* e di *comunione di beni* adoperata dalla legge, comprendono ogni sorta di rapporti sociali, e così oltre ai soci in nome collettivo, si applicano anche ai soci accomandanti nelle società in accomandita semplice, agli azionisti nelle società in accomandita per azioni e nelle società anonime ed ai comproprietari propriamente detti; i quali tutti potranno domandare la comunicazione dei libri di commercio della società, e rispettivamente della comunione, affine di risolvere le contestazioni che potranno presentarsi relativamente ai fondi sociali, al riparto degli utili o delle perdite, e simili. L'elemento della società o della comunione si presenta sempre; e quindi per costoro non può dirsi che si mescolino negli affari di altri, ed il vero è invece che si tratta di conoscere gli affari proprii, e di esercitare il diritto che loro compete di controllarne l'andamento e di verificare i conti che siano resi da coloro che li amministrano.

In questi limiti e senza, ben inteso, andare oltre alle parti contraenti ed ai loro successori a titolo universale, ed esclusi in senso anche dell'art. 78 il cessionario ed il socio del socio, mi sembrano

(1) App. Genova 27 febbraio 1865, Anfossi utrinque.

(2) Bedarride, Des comm. et des livres de comm., n. 281.

da accettare gl'insegnamenti di un reputato scrittore; ma non credo che lo si debba seguire quando concede il diritto alla comunicazione dei libri e delle carte sociali di cui nell'art. 27 anche all'associato in partecipazione, a colui il quale faccia sovvenzioni di capitali a commercianti mediante determinàta partecipazione agli utili del commercio, in aggiunta o per tener luogo della corresponsione degli interessi, ed al commesso interessato negli utili (1).

Contro siffatta estensione sta innanzi tutto la disposizione ben chiara della legge, la quale ha contemplato *gli affari di società*, e non quelli *relativi all'associazione in partecipazione*, mentre non può certo dubitarsi che la distinzione fra gli uni e gli altri fosse presente alla mente del legislatore, il quale l'ha fatta nella intitolazione del Titolo IX del Libro I di questo Codice, e l'ha confermata trattando separatamente dei due istituti nel Capo I e nel Capo II dello stesso Titolo, ed ha contemplato la *comunione di beni*, che significa *comproprietà* di beni appunto, e non già semplice partecipazione negli utili; e sta anche contro la detta estensione lo spirito della legge, in quanto che, come ho osservato precedentemente, non altrimenti può farsi tacere la ragione della regola generale contraria alla comunicazione in giudizio dei libri e delle carte sociali, salvo in presenza della comunanza del dominio, e della cessazione del commercio congiunta all'interesse legittimo. Inoltre ciò è confermato dalla considerazione che la disposizione dell'art. 27 è tassativa e non comporta interpretazione estensiva, come è chiarito dal suo tenore, nel che concorda pure il citato scrittore (2).

Nel particolare del commesso interessato negli utili vi ha anche la disposizione dell'art. 86 di questo Codice che dichiara che la partecipazione agli utili concessa agl'impiegati o ad altri dipendenti della società, per rimunerazione totale o parziale dell'opera loro, non attribuisce per sè sola ad essi la qualità di soci; ed in questo senso venne pur giudicato sotto il Codice precedente, nel quale l'ul-

(1) Bedarride, ivi, n. 286 a 293.
(2) Bedarride, ivi, n. 297.

timo capoverso dell'art. 114 conteneva disposizione analoga a quella del succitato art. 86 (1).

Mi sembra che il lodato scrittore francese non apprezzi giustamente la condizione giuridica del sovventore di capitali, quando lo considera siccome avente rapporti di società, perchè la partecipazione negli utili è cosa ben diversa dalla società, come già ho avvertito, e mi sembra pure che dalla comproprietà degli utili non possa argomentarsi a quella dei libri e delle carte sociali, perchè gli uni e le altre possono contenere ben altre cose e ben altre indicazioni, e che egli esageri quando osserva che la comunicazione dei libri è un mezzo necessario per liquidare la parte degli utili che spetta a costoro, e per non abbandonare il commesso interessato all'arbitrio del committente: difatti la disposizione dell'art. 28, colla facoltà ivi conceduta al magistrato di ordinare in ogni caso la esibizione dei libri per estrarne ciò che riguarda la controversia, basta ad assicurare l'appagamento e la tutela di qualunque legittimo interesse.

10. Relativamente alle spese del deposito, il quale a termini del capoverso dell'art. 27 deve aver luogo nella Cancelleria in mancanza di accordo delle parti, è stato opportunamente giudicato che l'anticipazione di esse debba imporsi a quegli che ritenendo i libri e le carte da depositarsi, sia pure al possesso della sostanza da dividersi, e ciò pel motivo che in definitiva le spese stesse devono essere portate in diminuzione dell'asse da dividersi (2).

Nel caso poi in cui il ritentore dei libri e delle carte non si trovasse anche al possesso della sostanza da dividersi, l'anticipazione delle spese dovrebbe farsi da chi ne domanda la comunicazione, perchè secondo le regole generali le parti che chiedono un incumbente devono anticiparne le spese, come è stabilito negli art. 245 e 267 del Codice di Procedura Civile per la prova testimoniale e quella peritale.

11. Quanto all'ordine della esibizione dei libri di commercio e dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi, o ad istanza delle parti, od anche d'ufficio, per estrarne la parte o le parti che riguardano la controversia, non vi ha dubbio essere facoltà affidata al potere

(1) App. Torino 1° agosto 1868, Wismer c. Oetiker.

(2) App. Genova 13 luglio 1866, Demaestri utrinque.

discrezionale del giudice del merito, secondo le circostanze dei casi, e la giurisprudenza è pacifica a questo riguardo (1): è facoltà che è stata sempre ed universalmente usata, poichè, come scrive il CASAREGIS, era massima « non solum a Rota Romana, sed etiam ab omnibus Europae Supremis Tribunalibus recepta, maxime quando agibatur de libris mercatorum (2) »; ed è stato giustamente osservato e giudicato che questa facoltà accordata al magistrato non può dirsi contraria alla regola che nessuno è obbligato a produrre contro sè medesimo, perchè l'obbligo ai commercianti di far risultare dai loro libri di tutte le loro operazioni, è imposto pure nell'interesse dell'altra parte contraente ed in quello generale, per modo che i libri siano in qualche guisa cosa comune delle parti, in quanto si riferiscono ai contratti fra esse combinati, e non costituiscano proprietà esclusiva, servendo pure alla tutela della fede pubblica ed alla retta amministrazione della giustizia (3).

La decisione poi del magistrato riguardo alla esibizione anzidetta, appunto perchè, come si disse, si tratta dell'esercizio di un potere discrezionale, non offre adito a cassazione (4): coll'obbligo però al giudice del merito di decidere la relativa controversia e motivare; onde cadrebbe in nullità se esso accogliesse la eccezione della parte avversa a quella che ha fatto istanza per la esibizione, senza respingere espressamente e con apposita motivazione l'istanza medesima (5).

Per ottenere dal magistrato l'ordine di detta esibizione non è necessario che la parte che la domanda si vincoli preventivamente a prestar fede ai libri ed alla corrispondenza di cui si tratti, e ciò perchè le loro risultanze non possono mai costituire prova tale da vincolare il giudice (6); come d'altronde il magistrato nel prudente suo ar-

(1) Cassaz. Torino 25 ottobre 1877, Bruno c. Pelitti; Cassaz. Firenze 8 marzo 1881, Mastelli c. Natali, ed altre sentenze.

(2) Disc. 102, n. 6 e 87.

(3) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 2487 e 2504; App. Genova 11 apr. 1881, Clava e Terracini c. Scarzollo, ed altre sentenze citate al n. 17.

(4) Cassaz. Palermo 9 aprile 1870, Assicurazioni di Messina c. Di Natale; Cassaz. Torino 14 giugno 1870, Fissore c. Debenedetti.

(5) Cassaz. Torino 17 nov. 1871, Brossa c. Calcina.

(6) App. Casale 1° maggio 1867, Magnaghi, Lamberti e Vitale; App. Genova 12 ottobre 1875, Bacigalupo c. Cassa di San Giorgio.

bitrio può anche astenersi dall'ordinare la esibizione, sebbene la parte che la domandi faccia dichiarazione di prestar fede ai libri ed alla corrispondenza.

Su quest'ultimo punto fu ritenuto in una sentenza e fu approvato il contrario, e cioè che la *comunicazione* (ma si è voluto dire la *esibizione*) dei libri di commercio sia obbligatoria quando la parte che la chiede offra di prestar fede alle loro risultanze, e ciò per il motivo che dovendo i commercianti inscrivere sui proprii registri tutte le operazioni da essi fatte, sia ben naturale che essi non possano mai rifiutarsi di comunicarli in giudizio, quantunque volte l'avversario offra di prestarvi fede, e per il motivo ancora che se anche nei giudizi civili i libri dei commercianti fanno prova contro di essi (art. 1329 Codice Civile), non siavi ragione per sottrarli all'obbligo della comunicazione ogni qualvolta i commercianti si fanno oppositori alle domande di creditori non commercianti, che si abbandonano alla fede delle loro registrazioni (1); ma non mi sembra dottrina da seguire.

Occorre appena osservare che quanto alla *comunicazione* propriamente detta, la stessa dottrina in termini così generali sarebbe apertamente condannata dall'art. 27, che l'ammette solo nei casi da esso contemplati, come del resto si verificava nella specie decisa colla or citata sentenza, perchè si trattava di fallimento; ed anche per la *esibizione*, la obbligatorietà è esclusa dall'art. 28, il quale in termini chiarissimi parla di facoltà che è accordata al giudice di ordinare la esibizione stessa, ad istanza di una delle parti, od anche di uffizio, e la facoltà è il contrapposto e la negazione della obbligatorietà. Si aggiunga che l'art. 51 di questo Codice esclude pure il concetto dell'obbligatorietà della presentazione dei libri nel caso precisamente in cui la parte avversaria offra di prestarvi fede, perchè non vi attribuisce altra conseguenza che quella della facoltà accordata ancora al giudice di deferire alla parte che ha fatta tale offerta il giuramento sull'oggetto controverso; e ciò fu pure giudicato in applicazione degli art. 26 e 27 del Codice di Commercio Italiano, che corrispondono agli art. 28 e 51 dell'attuale (2).

(1) App. Milano 21 maggio 1881, Buti c. Sindaci fallimento Buti; Vidari, nel Giornale delle Leggi, 1881, pag. 345 e Corso di dir. comm., n. 225 e seg.

(2) Cassaz. Torino 21 maggio 1875, Vandelli c. Finzi.

Del resto non è punto naturale che taluno sia obbligato a presentare suo malgrado in giudizio una cosa che gli appartiene esclusivamente, in difetto di legge o di ordine di magistrato che ve lo costringa, nei casi in cui la legge stessa ne attribuisca a quest'ultimo la facoltà; e la ragione per non ammettere tale obbligo risiede nel principio della proprietà, che è il diritto di disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi (art. 436 del Codice Civile): il quale principio trova bensì in materia di libri di commercio un limite negli ordini dell'autorità giudiziaria, come si è veduto e si vedrà più avanti (n. 11 e 17), ma non già nella volontà dell' altra parte.

Venne giudicato che la esibizione dei libri di commercio può essere ordinata anche dal Tribunale Civile, imperocchè dei libri di commercio non solo si parli nel Codice di Commercio, ma ancora nel Codice Civile negli art. 1328 e 1329, e da ciò si faccia manifesto che anche nei giudizi civili i libri stessi costituiscano un mezzo di prova, e se ne possa ordinare la esibizione (1).

12. Nell'uso dell'accennato potere discrezionale del giudice del merito, fu ritenuto, che non può ingiungersi ad una parte la esibizione dei propri registri quando ciò equivarrebbe a dispensare l'altra dall'obbligo di fornire la prova delle ragioni che propone in giudizio e delle obbligazioni di cui pretenda l'adempimento, perchè sarebbe contrario al principio di diritto consacrato dall'art. 1312 del Codice Civile, che chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla, e fu pur ritenuto che meno ancora si può ordinare la esibizione stessa, quando la parte che vi dovrebbe sottostare ha già dimesso in causa documenti non impugnati a senso di legge, dai quali risulti il contrario di ciò che colla presentazione dei libri si tenderebbe a provare (2); che quando l' attore ha sufficientemente giustificata la sua azione, non può essere costretto ad esibire i suoi libri al convenuto, che nulla abbia provato in contrario, non essendo in tali circostanze opportuno di derogare alla regola generale per

(1) Cassaz. Firenze 6 giugno 1881, Micheli c. Pagni.

(2) App. Venezia 19 marzo 1872, Bottico c. Visentini; e Genova 15 giugno 1880, Nardini c. Martelli.

cui *nemo tenetur edere contra se* (1); che per ottenere la esibizione dei libri di commercio in giudizio non basta la generica ed indeterminata domanda di essa *per estrarne ciò che riguarda la controversia*, ma è necessaria una indicazione preventiva, più o meno particolareggiata, di ciò che si crede doversi trovare nei libri da ispezionare (2); che è da ordinarsi la esibizione dei libri di commercio di una delle parti per poter conoscere se, come si sostenga dall'altra parte, siale stata per errore rilasciata doppia ricevuta di una somma che per l'identico oggetto intenderebbesi proporre in isdebitazione (3), e che per obbligare il commerciante a produrre od esibire i suoi libri prescritti dalla legge non è necessario che chi lo domanda provi che esso abbia realmente tenuto i detti libri, perchè rispetto a chi è commerciante vi ha presunzione che abbia adempito al relativo obbligo imposto dalla legge, e questa presunzione dispensa la parte che fa la domanda da ogni prova e ne riversa il carico sull'altra parte (4): la cosa però procederebbe diversamente quando si trattasse di libri ausiliari, ovvero quando fossero già passati i dieci anni durante i quali la legge nell'art. 26 prescrive che i libri debbano essere conservati (5).

13. Quanto alla forma della comunicazione e della esibizione rispettivamente dei libri di commercio e della corrispondenza, la comunicazione deve senza dubbio farsene mediante il loro deposito nella Cancelleria dell'autorità giudiziaria a termini degli art. 166 e 167 del Codice di Procedura Civile, e per quanto ciò abbia i suoi pericoli e le sue noie, non si vede come si possa fare altrimenti (6);

(1) App. Parma, sezione Modena, 20 maggio 1873, Vandelli c. Finzi, mantenuta dalla sentenza 21 maggio 1875 succitata della Cassaz. di Torino.

(2) App. Venezia 20 maggio 1879, Tretti c. Signoretti; Cassaz. Firenze 8 aprile 1880, stessa causa.

(3) App. Genova 11 marzo 1867, Salvo c. Molinari.

(4) Cassaz. Firenze 6 giugno 1881, Micheli contro Pagni; Vidari, Corso di dir. comm., n. 223; Massé, Le dr. comm. etc., n. 2509.

Contra, App. Modena 23 dic. 1874, Bonomi c. Tagliazucchi.

(5) Vidari, loc. cit. e n. 224; Massé, n. 2510.

(6) Vidari, Corso di dir. comm., n. 222.

e per la esibizione convien distinguere fra il caso in cui l'autorità giudiziaria che l'ha ordinata sieda nel luogo della residenza del commerciante, al quale i libri appartengono, e quello in cui sieda in luogo diverso.

Nel primo caso la esibizione si eseguisce alla stessa autorità giudiziaria od al giudice che essa creda di delegare, giusta la prima parte dell'art. 208 del Codice di Procedura Civile; e nel secondo caso, non potendo mai un commerciante essere obbligato, suo malgrado, a trasportare i di lui libri fuori della sede dei proprii affari (1), si dovrà procedere a norma delle altre disposizioni del detto art. 208 del Codice di Procedura Civile, e cioè se la sua sede è nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria che ha ordinato l'esibizione, si delega il pretore del luogo: se è nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, o si richiede questa di delegare uno dei suoi giudici, ovvero si commette direttamente lo stesso pretore del luogo; e se la sede è fuori del regno, la richiesta deve farsi nella forma stabilita dal diritto internazionale, allorquando essa debba dirigersi ad autorità giudiziarie straniere, e mediante rogatorie ai consoli od ai Tribunali consolari, allorquando si possa aver ricorso ad essi, giusta l'art. 171 della Legge consolare 28 gennaio 1866, n. 2804.

14. Relativamente al modo di esecuzione della esibizione dei libri di commercio e della corrispondenza, la quale, come si è veduto superiormente (2), e come era pure stabilito nelle leggi romane relativamente ai libri degli argentari (3), non richiede nè permette che i libri siano esaminati nel loro intiero tenore, ma vuole che siano esaminati soltanto nella parte che riguarda la discussione, per formarsene relativi estratti; può dubitarsi se il Tribunale od il giudice delegato abbiano facoltà di prendere visione dell'intiero contenuto dei libri e della corrispondenza, pur estraendone soltanto ciò che riguarda la controversia, ma affine di assicurarsi se essi contengano

(1) Vidari, loc. cit.
(2) Su questi articoli, I, n. 9.
(3) L. 10, § 2 Dig. De edendo.

per avventura altre parti relative alla controversia medesima, oltre quelle che siano additate da colui che li esibisce.

Per la risposta negativa potrebbe forse invocarsi l'autorità del CASAREGIS, il quale avverte: « Notandum est quod mercatores, licet teneantur libros exhibere, eos attamen exibere non tenentur, nisi in ea parte aut pagella, quae adest controversia (1) », e perchè come scrisse in altra parte della sua opera « libri mercatorum non sunt perscrutandi, ne videantur eorum secreta (2) »; e potrebbe pur dirsi che l'esame dell'intiero contenuto dei libri e della corrispondenza possa presentare inconvenienti, come per modo di esempio nel caso in cui il giudice esercitasse lo stesso commercio o la stessa industria di quegli dei cui libri si tratti; ma pur tuttavia mi sembra doversi rispondere affermativamente, perchè l'art. 28 accorda al giudice la facoltà di ordinare la esibizione propriamente dei libri, senza la limitazione accennata dal lodato antico scrittore, perchè quando fosse lecita una esibizione soltanto parziale di partite che si trovassero fra di esse connesse, e quando fosse eliminata la possibilità del controllo dell'autorità giudiziaria, la ordinata esibizione potrebbe riuscire inutile e ridursi ad una mistificazione, e perchè non sarebbe difficile ovviare al cennato inconveniente, sia per l'astensione che da sè medesimo s'imporrà il giudice, il quale si trovasse nella supposta condizione, sia mediante opportuni provvedimenti che in ogni caso potrebbero essere dati da chi regge il Tribunale, su domanda della parte interessata.

Anche il MASSÉ insegna che deve essere esibito il libro, affinchè l'estratto ne sia fatto dal giudice o sotto i suoi occhi nel modo che egli stimerà più opportuno (3), rammentando anche le decisioni della RUOTA DI GENOVA contrarie alla esibizione soltanto parziale di partite che fossero connesse: « Exhibitio in parte non procedit in libro continente debita et credita connexa (4) . . . Scriptura conti-

(1) Disc. 30, n. 79.
(2) Disc. 72, n. 10.
(3) Le dr. comm, etc., n. 2506.
(4) Decis. 72, n. 5.

nens capitula separata potest exhiberi pro parte, secus non continens capitula separata (1) ».

Anche il VIDARI scrive analogamente, che la esibizione si farà più comunemente e più utilmente estraendo dalle partite esaminate quel tanto che occorre ad illuminare le parti e il giudice; il quale darà all'uopo le opportune disposizioni, affinchè da un lato la esibizione sia cosa seria e proficua, e d'altro canto chi esamina i libri non ne abusi, estendendo l'esame suo a partite che non siano in necessaria connessione d'affari con l'oggetto controverso (2). E concordano DELAMARRE e LEPOITVIN, i quali giustamente avvertono che quegli che domanda la esibizione dei libri deve precisare, per quanto possibile, gli articoli da verificarsi e la loro epoca, e che gli estratti non possono essere fatti validamente che in presenza del proprietario dei registri, od il medesimo regolarmente citato (3), rammentando l'insegnamento del CASAREGIS, che « Ex libris mercatorum extractio partitarum facta sine citatione partis, non valet (4) ». Questo maestro parla di parte in generale; ed è giusta la generalità appunto della espressione, onde la citazione deve farsi tanto dell'una che dell'altra parte, cioè tanto di chi ha domandata, quanto di chi ha fatta la esibizione dei libri, secondo che naturalmente l'una parte o l'altra ponga diligenza nell'esaurire l'incumbente, perchè amendue hanno interesse e quindi diritto di assistere al suo esaurimento. Non è invece da seguire la diversa decisione di una Corte d'Appello, la quale a torto non riconobbe nell'incumbente medesimo un atto d'istruzione giudiziaria, e giudicò non essere stata necessaria la notificazione alla controparte (5).

15. Un dubbio comune alle disposizioni degli art. 27 e 28 è quello, se la comunicazione e rispettivamente la esibizione dei libri che possono essere dal giudice ordinate, si riferiscano al libro giornale

(1) Decis. 11, n. 5 e 6.
(2) Corso di dir. comm., n. 221.
(3) Traité de dr. comm., tom. I, n. 181.
(4) Disc. 202, n. 35.
(5) App. Napoli 9 settembre 1872, Buonocuore c. Wynands.

ed a quello degl'inventari soltanto, la cui tenuta e la cui conservazione per dieci anni sono obbligatorie, ovvero anche ai libri ausiliari.

Il dubbio stesso ha il suo fondamento in ciò che il presente Titolo del Codice, nel quale si contengono gli art. 27 e 28, non contempla mai che i libri obbligatorii; ma se si pon mente alla ragione delle disposizioni degli articoli medesimi, che consiste, quanto al primo nella comproprietà, e quanto al secondo nella facoltà che si vuol lasciare al giudice di scovrire la verità con ogni mezzo opportuno, il dubbio deve risolversi nel senso che la facoltà di ordinare la comunicazione e la esibizione dei libri debba estendersi anche agli ausiliari (1).

Nella giurisprudenza francese si ha un esempio in senso contrario (2); ma fu a ragione osservato che quella sentenza era di contestabile aggiustatezza (3): è però ben inteso, come fu pure giudicato, che anche per i libri ausiliari i giudici possono nel loro prudente arbitrio non ordinarne la esibizione, specialmente allorquando si abbiano altrimenti documenti per le verificazioni che occorrono (4).

Un altro dubbio pur comune alle disposizioni degli art. 27 e 28 consiste in ciò, se cioè i commercianti possano essere obbligati alla comunicazione ed alla esibizione rispettivamente dei libri di commercio, anche dopo trascorso il termine di dieci anni dall'ultima registrazione, durante il quale essi sono obbligati di conservarli, e nel caso, ben inteso, che siano stati conservati; e se la ragione del dubitare consiste nella considerazione che chi avrebbe potuto distruggere i libri, possa tanto più rifiutarsi di comunicarli e di esibirli, deve però risolversi in senso contrario, perchè data la loro conservazione, ritornano in applicazione i motivi che hanno consigliato le disposizioni dei detti art. 27 e 28 (5). Però la conserva-

(1) Bedarride, Des comm. etc., n. 309; App. Genova 19 marzo 1880, Cevasco c. Agostoni.

(2) App. Parigi 2 agosto 1843, Lajoie c. Mir.

(3) Dalloz, Rép. V. Commerçant, n. 263.

(4) App. Lione 18 luglio 1873 e 23 luglio 1874, Goudre c. Clayette, e Cassazione Francese 14 aprile 1875 nella stessa causa.

(5) V. su questi articoli I, n. 7; Cassaz. Firenze 8 marzo 1881, Mastelli c. Natali.

zione dei libri non ostante il trascorso del termine dei dieci anni, deve essere positivamente provata, affine di escludere la presunzione contraria, alla quale in difetto si farebbe luogo (1).

16. Allorquando il giudice abbia ordinata la comunicazione o la esibizione dei libri, e la parte alla quale sia stata ordinata non vi si presti, si potrà costringervela col precetto, colla ingiunzione e colla esecuzione forzata di cui negli art. 741 e seguenti del Codice di Procedura Civile; e ciò perchè, come fu a buon diritto giudicato, non avendo la legge disposizioni speciali che contemplino questo caso, e pur non dovendo le sentenze dei magistrati rimanere lettera morta, convien ricercare in caso analogo un mezzo legale per costringere quegli al quale fu ordinato il deposito o la esibizione dei libri a darvi esecuzione; ed il caso analogo si ha nello stesso art. 741 del Codice di Procedura Civile, in cui sono dettate le norme dell'esecuzione forzata per consegna o rilascio di beni mobili, non che nell'art. 923 detto Codice, il quale provvedendo per la esecuzione forzata del sequestro giudiziale ordinato dall'autorità giudiziaria, dispone che la consegna della cosa al sequestratario si faccia dall'usciere, osservate le disposizioni degli art. 742 al 749, i quali prescrivono appunto che si proceda per via di esecuzione forzata, previo atto di precetto (2).

La esecuzione forzata suaccennata può spingersi sino all'apertura forzata appunto della casa, del recinto, delle parti interne e dei mobili chiusi, che sia necessaria per la effettiva apprensione dei libri, come è stabilito dall'art. 596 del Codice di Procedura Civile, richiamato nell'art. 742: tutto ciò è pienamente legale, e nella massima parte dei casi raggiungerà lo scopo di ottenere la produzione o la esibizione in giudizio dei libri che il giudice abbia stimati opportuni o necessari; ma appunto perchè la legge nostra accorda tali

(1) App. Caen 24 giugno 1828, Blanchard-Quesnel c. Lanne; Dalloz, Rép. V. Commerçant, n. 242.

(2) Cassaz. Torino 24 novembre 1880, Banca Italiana di costruzione e Lanicca c. Favale, Ottolenghi ed altri; ed App. Genova 4 giugno detto anno, stessa causa.

mezzi, non mi sembra che il giudice possa adottarne altri, come sarebbe quello della comminatoria di una pena pecuniaria nel caso di mancata produzione ed esibizione dei libri, che in Francia è stata applicata dalla giurisprudenza ed approvata dalla dottrina (1), dicendosi che allorquando una parte rifiuta di uniformarsi alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria, questa si trovi nella necessità di costringervela con tutti i mezzi di diritto che crede i più acconci a raggiungere lo scopo; e ciò non mi sembra, perchè, checchè sia di altri paesi, presso di noi codesto non sarebbe un mezzo di diritto, ma un mezzo arbitrario, posciacchè la legge non lo autorizza, ed addita invece l'altro mezzo che ho superiormente accennato.

Che se poi lo stesso mezzo superiormente accennato, non fosse attuabile per essersi, per esempio, fatte perdere le traccie dei libri dei quali si tratti o per altri simili fatti maliziosi, dei quali si avesse prova, anche per indizi e presunzioni urgenti e tali da convincere il giudice; in tal caso si potrebbe ricorrere al rimedio del risarcimento del danno in applicazione degli art. 1151 e seguenti del Codice Civile.

Vi ha inoltre la sanzione speciale dell'art. 51 di questo Codice.

17. Generalmente accade che i libri e la corrispondenza si trovino presso il commerciante, sia persona fisica o società, che li ha tenuti; ma può pure accadere, ed è accaduto, che essi siano passati a mani di altri e specialmente di un cessionario dell'attivo e del passivo del commerciante, o della società la quale siasi sciolta: ed in tale caso si è sostenuto che il cessionario potesse rifiutarsi alla presentazione dei libri ordinata dal Tribunale, perchè i libri commerciali siano una proprietà, e quegli cui appartengano possa, nell'esercizio del suo assoluto ed esclusivo dominio, tenerli o non tenerli, e presentarli o non presentarli.

Però siffatta pretensione è stata giustamente respinta dai magistrati, perchè l'allegazione che i libri di commercio costituiscano

(1) App. Caen 24 giugno 1828, Blanchard-Quesnel c. Lanne; DALLOZ, Rép. V. Commerçant, n. 264.

una proprietà assoluta ed esclusiva, sia contraria alla legge, all'uso ed allo scopo a cui tali libri sono destinati: alla legge, perchè essa ne prescrive precisamente la tenuta, la forma e le condizioni: all'uso, perchè costantemente e universalmante si riconobbe nell'autorità giudiziaria la facoltà di valersi di tali libri per chiarire o risolvere le controversie; ed allo scopo per cui tali libri sono tenuti, perchè essi devono servire non solo al comodo privato del commerciante, ma anche all'interesse generale dell'amministrazione della giustizia; perchè se i libri commerciali sono una proprietà di chi li possiede, questa proprietà sia limitata dalla legge, e la principale di queste limitazioni consista appunto nell'obbligo di produrli in giudizio, semprecchè l'autorità giudiziaria lo creda necessario od opportuno, e perchè non possa confondersi la proprietà dei libri commerciali con la proprietà di qualunque altro libro, documento od oggetto che sia in pieno ed assoluto dominio del suo possessore, e mentre il diritto di proprietà sarebbe violato allorchè a questo possessore si facesse obbligo di spogliarsi, anche momentaneamente della cosa sua, quando anche ciò non gli cagionasse che un semplice incomodo, lo stesso non possa dirsi dei libri di commercio, perchè l'obbligo di produrli od esibirli in giudizio, quando l'autorità giudiziaria lo ordini, sia appunto una limitazione dalla legge imposta a questo genere di proprietà.

Giova pure aggiungere che nella specie in cui sono state sancite le massime surriportate, trattandosi di azionisti di una società anonima, i quali domandavano la esibizione in giudizio dei libri della disciolta società, che erano passati al cessionario dell'attivo e del passivo della società medesima, si eccepiva che gli azionisti accettando la cessione, avessero implicitamente rinunciato a valersi dei libri, delle carte e dei documenti della società alla quale appartenevano; ma si è risposto anche ed a buon diritto, che la cessione di quei libri ed il passare che avevano fatto dalle mani degli stralciari in quelle del cessionario, non ne poteva mutare in alcun modo l'uso e lo scopo, epperò non ne poteva conseguire che mentre la proprietà di essi era limitata nelle mani degli stralciari, diventasse illimitata nelle mani del cessionario; che nessuno poteva trasferire ad altri maggiori di-

ritti di quelli che egli stesso avesse, e che di conseguenza come gli amministratori e gli stralciari non si sarebbero potuti esimere dal presentare quei libri in giudizio, se la presentazione fosse stata ordinata dall'autorità giudiziaria dietro istanza degli azionisti, così da tale obbligo non poteva dispensarsi il cessionario (1).

TITOLO V.

DEI MEDIATORI.

29. Il mediatore è responsabile della verità dell'ultima sottoscrizione delle carte che passano per le sue mani e che riguardano gli affari da lui trattati.

30. Il mediatore incaricato di un'operazione non è solo per ciò autorizzato a ricevere o fare pagamenti, nè a ricevere o dare adempimento alle altre obbligazioni dei contraenti, salvi gli usi contrarii locali o speciali del commercio.

31. Il mediatore che non manifesta ad uno dei contraenti il nome dell'altro si rende responsabile dell'esecuzione del contratto, ed eseguendolo resta surrogato nei diritti verso l'altro contraente.

32. Al mediatore non compete il diritto di mediazione, se l'affare non è stato conchiuso.

33. Chiunque esercita la professione di mediatore deve tenere i seguenti libri:

1° Un libretto in carta libera, nel quale deve annotare, anche a matita, nel momento della con-

(1) App. Genova 10 dicembre 1879, Banca di Costruzione Italiana e Lanicca c. Favale, Ottolenghi ed altri; Cassaz. Torino 15 settembre 1880, stessa causa.

chiusione tutte le operazioni fatte col suo ministero, indicandone sommariamente l'oggetto e le condizioni essenziali;

2° Un giornale numerato, firmato e vidimato secondo le disposizioni dell'art. 23, nel quale deve registrare in modo più particolareggiato, giorno per giorno, senza abbreviazioni e cifre numeriche, tutte le condizioni delle vendite, compre, assicurazioni, negoziazioni e in generale tutte le operazioni fatte col suo ministero.

Il mediatore deve dare alle parti, nel momento della conchiusione del contratto, una copia delle annotazioni fatte nel suo libretto e, a loro richiesta, una copia del contratto perfettamente conforme alla fatta registrazione, sottoscritta da lui ed anche dalle parti se queste vi consentano. Rispetto ai contratti di borsa si osservano le leggi speciali.

Ai mediatori si applicano inoltre le disposizioni del capoverso dell'art. 21 e degli art. 25 e 26.

34. L'autorità giudiziaria può ordinare ai mediatori di presentare i loro libri per collazionare le copie da essi consegnate alle parti colle note e colle scritture originali, e può chiedere ad essi gli schiarimenti opportuni.

35. Le norme riguardanti l'accertamento dei corsi e gli uffici pubblici spettanti ai mediatori sono determinate da leggi speciali e da regolamenti.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Origine della mediazione.

2. Della quistione se la professione di mediatore commerciale debba essere libera, ovvero limitata. Sistemi vari fuori d'Italia ed in Italia. Nel Codice si è lasciata impregiudicata la quistione.

3. Accogliendosi nel Codice stesso le sole disposizioni concernenti i rapporti di diritto privato, vi si sono pure omesse le disposizioni d'indole regolamentare e disciplinare, riservandole alla legge speciale sulla mediazione.

4. Alla legge speciale medesima fu trovato pur conveniente di riservare la materia dei divieti ai mediatori e delle relative sanzioni penali: ragioni e svolgimenti relativi.

5. Illustrazione delle disposizioni dell'art. 29.

6. Illustrazione pure di quelle dell'art. 30.

7. Innovazione introdotta coll'art. 31. Precedenti storici e sue illustrazioni.

8. Illustrazioni pure dell'art. 32.

9. Illustrazioni anche dell'art. 33.

10. Ancora dell'art. 29.

11. Ancora dell'art. 32.

12. Dell'obbligo imposto ai mediatori di tenere i libri.

13. Spiegazione della disposizione relativa all'osservanza delle leggi speciali rispetto ai contratti di borsa.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. La mediazione nacque col commercio, e ne era già l'ausiliaria, prima ancora che si fosse pensato a regolarla.

In Roma, ove il commercio era tenuto in pochissima considerazione, non mancavano gli intermediari di professione, detti *proxenetae* (1), e nel Digesto il titolo XIV del Libro I ha la rubrica *De*

(1) Si chiamavano *proxenetae* dal greco, προξενέω, *concilio* (STRACCA, de Proxen., pars I, n. 3). Erano detti anche *pararii* (Fr. ult. Dig. De Proxen). — CELSO li appellava *Adnumeratores*, ed altri *Interventores* o *Interemptores*

Proxenetis, ed in questo modo se ne descrive l'ufficio: « Qui emptionibus, venditionibus, commerciis et licitis contractibus utiles non adeo improbabili more se exhibent ».

L'utilità di questi intermediari fu sempre riconosciuta, e già ULPIANO, con frase felicissima, li chiamava *officinae contractuum* (1). (Pag. 86).

2. Il Progetto preliminare non si occupa punto della quistione, se la professione di mediatore commerciale debba essere libera, o limitata per numero o per condizioni di capacità.

Varii sono i sistemi in proposito.

In Francia l'ufficio di mediatore ebbe quasi sempre il carattere del monopolio (2).

e *Ministri* (AUTH, De testibus). — GIUSTINIANO e gli scrittori ecclesiastici li chiamarono per primi *Mediatores* (AUTH, De testibus, § Quoniam — Decr., lib. IV, cap. I). — In Italia nella pratica commerciale veniva ad essi dato il nome di *mezzani* o *sensali*. — In Francia erano detti *currettiers*, donde la voce moderna *courtiers* (MOLLOT, Bourse de Comm. I, 62), ed in Ispagna *corredores* (DE EVIA. Labyrintus comm., lib. I, cap. 5, n. 1).

(1) « Il faut aux commerçants des personnes, qui connaissant leurs besoins réciproques, les rapprochent, et facilitent ainsi des opérations auxquelles, sans leur intervention, on n'aurait pas même songé ». (BEDARRIDE, Bourses de Commerce, n. 125).

(2) In Francia per il cambio e per i sensali v'ebbero leggi ed ordinamenti fino dal secolo XIV. Filippo il Bello nel 1305 stabiliva 14 cambi regi, con esclusiva attribuzione, a profitto dei titolari, del diritto di cambiare le monete e materie d'oro e di argento non monetate. Carlo IX nel 1572 creava gli uffici di sensali di cambio e di banca, ed Enrico IV nel 1595 riduceva i sensali a numero limitato, e proibiva ad ogni persona di esercitare l'ufficio di sensale sotto minaccia di pene severissime. Varii decreti modificarono successivamente il numero dei sensali, finchè la Legge del 17 marzo 1791, che aboliva tutti gli uffici, maestranze e corporazioni, nell'art. 7 dichiarava in facoltà di ciascheduno d'esercitare la mediazione, purchè si munisse di patente e si conformasse ai regolamenti di polizia. Ma la Legge 28 vendemmiale anno IV stabiliva (art. 6) che i Comitati di salute pubblica e delle finanze dovessero procedere, entro 24 ore, alla nomina di 25 agenti di cambio e 60 sensali di mercanzie. Poscia la Legge del 28 ventoso, anno IX, riservò formalmente al Governo la nomina degli agenti di cambio e sensali, vietando ad ogni altro l'esercizio di queste funzioni, ed il Decreto del 3 messidoro, anno IX, stabilì

Nel Belgio, prima della Legge del 30 dicembre 1867, era in vigore la legislazione Francese, ma ora l'istituto della pubblica mediazione gode la più ampia libertà. Ognuno può esercitare liberamente le funzioni di agente di cambio e di sensale, e gli art. 64 a 68 del Codice contemplano solo le conseguenze giuridiche e la responsabilità che agli agenti di cambio ed ai sensali derivano dall'esercizio della loro professione, e le norme obbligatorie per la tenuta dei loro libri.

In Ispagna, mentre il Codice di Ferdinando VII stabiliva che la nomina e la determinazione del numero dei pubblici mediatori dovesse essere di competenza regia, un Decreto del 30 novembre 1868 del Governo Provvisorio, approvato dalle Cortes Costituenti, nell'art. 1 dichiarò completamente libera la professione di pubblico mediatore. Però questo Decreto fu revocato da un altro in data del 10 luglio 1874, il quale rimise la materia sotto la disciplina delle precedenti leggi speciali e del Codice di Commercio (art. 63 e seg.), che fanno della pubblica mediazione una professione sottoposta all'autorizzazione ed alla sorveglianza della pubblica autorità. Il Decreto del 10 luglio 1874 fu modificato da quello del 12 marzo 1875 per ciò che riguarda le condizioni dell'esercizio della pubblica mediazione.

che il numero degli agenti di cambio da nominarsi per Parigi, non potesse eccedere quello di 80, nè il numero dei sensali quello di 60. Finalmente la Legge del 28 aprile 1816 (art. 91) conferì agli agenti di cambio la facoltà di presentare i propri successori all'approvazione di Sua Maestà. — Un sistema sostanzialmente simile vige ancora a Parigi. Il numero degli agenti di cambio fissato è di 60 a Parigi, di 30 a Lione, di 20 a Bordeaux, Marsiglia. Nantes, di 16 a Lilla, di 12 a Dunkerque.

Quanto ai sensali, le loro funzioni restarono per lungo tempo confuse con quelle degli agenti di cambio, e fu solo il Decreto 5 settembre 1786, che le separò in una maniera affatto distinta e positiva. Nel 1791 anche la professione di sensale era diventata libera; ma la Legge del 28 vendemmiale, anno IV, ristabilì i posti di sensale in numero limitato. — Anche attualmente il numero dei Sensali è fissato dal Governo, secondo i bisogni locali: la nomina è d'attribuzione governativa; ed i sensali hanno, come gli agenti di cambio, il diritto di presentazione de' loro successori.

Il sistema di libertà è in vigore anche negli Stati Uniti d'America, in Iscozia, in Inghilterra (1) ed in Olanda (2).

Il Codice Germanico tratta dei mediatori nel titolo VII del Libro I, e stabilisce (art. 66) che i sensali (mediatori di commercio) sono intermediarii *nominati dall'autorità* per gli atti di commercio, e che prima di assumere il loro ufficio prestano giuramento di adempiere fedelmente ai doveri loro incombenti. In Germania perciò non fu accettato il sistema della libertà, perchè i sensali devono rivestire un carattere ufficiale. Tuttavia il Codice (art. 84) lascia in facoltà dei vari Stati lo stabilire tutte le norme speciali di carattere non strettamente giuridico, quali sarebbero p. es. le condizioni per la nomina, la fissazione del numero, ecc. (3).

In Austria, per la legge sulla Borsa di Cambio in Vienna dell' 11 luglio 1854, eranvi due categorie di mediatori giurati (sensali ed agenti di borsa) trattate diversamente. Ma questa differenza cessò colla Legge 17 dicembre 1862 per l'attuazione del Codice di Commercio Germanico, e coll'Ordinanza Ministeriale del 3 luglio 1863. Il sistema austriaco ammette la limitazione del numero dei sensali, e quindi implica il principio del privilegio (4).

(1) Una Legge Inglese del 9 agosto 1870 (33 e 34, Vict., cap. 60) dichiara libero affatto l'esercizio della senseria, non assoggettandola quindi ad alcuna autorizzazione od alla prestazione di veruna cauzione, nè al pagamento di qualsiasi tassa.

(2) Gli agenti di cambio ed i sensali ricevono un brevetto dalle amministrazioni locali, ma il loro titolo non ha alcun valore reale, perchè è lasciata facoltà ai commercianti di scegliere i loro intermediari al di fuori di quelli ufficiali.

(3) Giova avvertire che nelle principali piazze commerciali della Germania, accanto ai sensali giurati vennero sorgendo anche sensali non patentati, i quali esercitano l'uffizio di pubblici mediatori, senza soffrire molestia alcuna: per tal modo parve riconosciuta tacitamente la facoltà d'interporsi liberamente negli affari commerciali. L' opinione pubblica in varii centri di commercio importanti, come Dresda, Amburgo, Danzica, Könisberg, Breslavia, Colonia, Düsseldorf e Posen, si è manifestata favorevole all'abolizione dell'istituto dei sensali giurati, ed all'applicazione completa del principio di libertà.

(4) La Legge Generale Austriaca sulle Borse del 4 aprile 1875 non am-

La pubblica mediazione in Russia è regolata dall'XI volume della raccolta delle Leggi dell'Impero. Il sistema adottato non è certamente quello della libertà: il numero dei mediatori è limitato, essi non possono esercitare il loro ufficio prima di aver prestato il giuramento, e devono offrire speciali garanzie.

Se in Francia le varie leggi ed ordinanze intorno alla pubblica mediazione hanno una certa unità di principii e d'intendimenti, perchè inclinano sempre al monopolio, altrettanto non può dirsi dell'Italia, dove i principii informatori delle leggi ne' diversi Stati mutarono con le loro sorti politiche (1).

mette che una sola categoria di sensali giurati, ma il loro numero continuerebbe ad essere limitato ai bisogni. Però non v'è alcuna disposizione che proibisca a chi non è sensale giurato di esercitare la mediazione.

(1) In Italia la pubblica mediazione non fu per lungo tempo disciplinata da leggi speciali. Ma poscia alla più completa libertà successero norme soverchiamente restrittive. — Prima dell'unificazione legislativa, nelle Provincie Meridionali erano in vigore sulla materia, in tutto o in parte, i Reali Decreti del 1842, 1852, 1853, 1856 e 1858, ed un Decreto Luogotenenziale del 31 dicembre 1860. Il principio di libertà in materia di pubblica mediazione era nell'antico Regno di Napoli completamente sconosciuto. — In Toscana invece il Motuproprio del 10 agosto 1814 abolì tutti i posti di pubblico sensale e mezzano, tranne per Livorno. — A Parma e Piacenza due Decreti del 1858 e del 1856 erano informati a principii sufficientemente liberali. — Nel Lombardo-Veneto vigevano i due Decreti del 10 marzo 1810 e del 1° giugno 1813 del cessato Regno d'Italia, che introdussero la nomina governativa e la limitazione del numero degli agenti di cambio e dei sensali, minacciando multe e nullità per le contrattazioni avvenute col mezzo di mediatori non approvati. — Negli Stati Sardi l'istituzione dei mediatori è molto antica, e tale era già chiamata nelle Lettere Patenti del 29 ottobre 1615. Dopo l'abolizione del Codice Francese in Piemonte, per lungo tempo la pubblica mediazione non fu disciplinata, nè da legge, nè da regolamenti. Nel 1836 venne emanato un Regolamento Ministeriale per la nomina di nuovi agenti e sensali, e nel 1842 col Codice Albertino tornarono in vigore le prescrizioni della Legge Francese. Non essendo però sufficientemente ordinata tale materia, si promulgarono le Regie Lettere Patenti del 27 novembre 1847, informate agli stessi principii su cui si fondava la Legge Francese del 28 vendemmiale, anno IV. Ne nacque un malcontento generale, ed il Governo nominò una Commissione, che nel 17 agosto 1848 presentò un progetto discusso in Parlamento soltanto nel 1852, e convertito in legge nell'8 agosto 1854.

La Commissione che nel 1865 rivide il Codice di Commercio, esteso in quell'epoca a tutta l'Italia, introdusse nel medesimo una larga parte delle disposizioni contenute in una legge speciale degli Stati Sardi sulla materia, già discussa nel 1852 nel Parlamento Subalpino, e che aveva la data dell'8 agosto 1854. Questa legge ammetteva all'esercizio della professione di mediatore chiunque offrisse le condizioni da essa richieste, senza limitazione di numero. Nel Codice trapassarono principalmente le disposizioni riguardanti gli obblighi, i diritti, le prerogative de' mediatori, e la fede dovuta a' loro libri e registri. L'altra parte della stessa Legge del 1854, circa l'ordinamento del corpo de' mediatori riconosciuti, e le condizioni richieste per acquistarne la qualità, formò materia di un Reale Decreto del 23 dicembre 1865.

Questa legge nella materia della pubblica mediazione può annoverarsi tra le migliori e più liberali. Chiunque si trovi nelle condizioni volute dalla legge (e non sono per certo troppo gravose) può essere abilitato all'esercizio della pubblica mediazione. Di più, la legge richiede l'osservanza di queste condizioni in modo assoluto soltanto per gli agenti di cambio, mentre per le altre specie di mediazione l'ufficio di sensale può essere esercitato (Cod. vig., art. 34) anche da chi non è pubblico mediatore.

Ma in seguito altre speciali leggi e decreti si emanarono sulla materia per completare l'ordinamento e la disciplina della pubblica mediazione. Essa perciò trovasi oggi regolata dal Libro I, Capo II, Titolo III del Codice di Commercio, dal Regio Decreto del 23 dicembre 1865, dal Regio Decreto del 6 dicembre 1866, dalla Legge dell'8 giugno 1868 ed infine dalla Legge del 14 giugno 1874 per la tassa sul traffico dei titoli di borsa col relativo Regolamento, abrogati dalla Legge ultima sul medesimo argomento del 13 settembre 1876 e dal Regolamento dello stesso giorno.

Tuttavia alcune disposizioni di queste leggi e discipline si trovano talora in opposizione coi principii razionali, e sono praticamente inapplicabili per le mutate condizioni economiche del paese, per il maggiore sviluppo degli affari, e specialmente per il cresciuto numero di operazioni in effetti pubblici. Perciò con Decreto del

27 marzo 1872 fu nominata una Commissione coll'incarico di studiare l'ordinamento delle Borse di Commercio, specialmente in quanto riguarda l'esercizio della pubblica mediazione. La Commissione in una sua dotta ed elaborata Relazione (1), dopo aver indicato quali disposizioni legislative dovrebbero, a suo avviso, mutarsi, si manifesta però favorevole al sistema adottato dalle attuali leggi, come quello che ad una ben' intesa libertà accoppia una saggia prudenza. (Pag. 87 a 94).

3. Avuto riguardo a questi speciali studi sull'argomento della pubblica mediazione, affidati ad una Commissione composta di uomini forniti di peculiare competenza, nel Progetto preliminare rispetto ai mediatori furono accolte le sole disposizioni necessarie a regolare i rapporti di diritto privato, derivanti dalla loro interposizione nei contratti commerciali. Si lasciò quindi insoluta la quistione, se la professione di pubblico mediatore debba essere libera o limitata, si riservò ad una legge speciale la piena libertà d'introdurre fra le varie specie di mediatori quelle distinzioni che si reputassero opportune, e si modificò per conseguenza la rubrica del titolo *Dei mediatori*, anzichè *Degli agenti di cambio e sensali*, e finalmente furono ommesse tutte le disposizioni d'indole regolamentare e disciplinare, che si contenevano nel Codice vigente.

Ed in vero tali disposizioni sono materia più conveniente ad una legge speciale, perchè sono più facilmente esposte alle variazioni richieste dal progressivo svolgimento della pratica degli affari e delle condizioni economiche che ne derivano, e le leggi speciali possono con maggior facilità modificarsi quante volte se ne avverta il bisogno, senza alterare con frequenti perturbazioni l'ordinamento sistematico de' Codici.

In ciò il Progetto attuale si uniforma al Progetto preliminare.

Furono quindi omessi gli art. 32, 33 e 34 del Codice vigente, che delineano il sistema e stabiliscono i principii generali adottati per l'esercizio della pubblica mediazione.

Era anche superfluo riprodurre l'art. 45 dello stesso Codice per

(1) Annali del Ministero di Agr., Ind. e Comm., 1873, n. 62.

dichiarare che le parti sono libere di valersi, o no, dell'opera dei mediatori (1).

Al principio della libertà della mediazione contrastava soverchiamente la differenza sancita negli art. 34, 57 e 66 riguardo alle conseguenze giuridiche dell'intervento dei mediatori nei contratti commerciali, perchè l' ultima delle citate disposizioni (2) escludeva indirettamente la mediazione non autorizzata, e per il suo eccessivo rigore, aveva incontrato nella pratica vivissima opposizione. La legge speciale potrà adottare a vantaggio della mediazione autorizzata altri provvedimenti, senza che occorra di ferire così gravemente il principio di libertà.

Alla legge speciale dovevano altresì riservarsi le disposizioni degli art. 33, 36 (3) e 37 (4) del Codice vigente, che determi-

(1) Questo principio non è certamente nuovo. Il De Evia diceva: « Negociari per proxenetam necessarium non est, sed ad arbitrium contrahentium, atque ideo possunt sino illo rem gerere » (Labyrintus comm., cap. v, n. 9, lib. i). — La disposizione del nostro art. 45 non si riscontra nel Codice Francese: essa fu tolta dal Codice Albertino (art. 85). — Secondo la Legge del 14 giugno 1874, i contratti a termine non potevano stipularsi senza l'intervento del pubblico mediatore, ma la Legge posteriore del 13 settembre 1876, anche in questa specie di contrattazioni restituì alle parti la libertà di servirsi, o no, dei pubblici mediatori.

(2) L'art. 66 dice: « I sensali che non sono pubblici mediatori, non hanno alcun diritto per la mediazione, e non hanno azione che a conseguire la mercede delle loro operazioni a norma degli accordi, o, in mancanza, in proporzione del tempo impiegato ».

Questa disposizione non trovasi in nessun Codice.

(3) La Commissione per l'ordinamento delle Borse osserva che l'art. 36, considerato isolatamente, potrebbe far nascere il sospetto che la legge richiedesse assolutamente per la validità delle negoziazioni di effetti pubblici e degli altri effetti ammessi nelle liste della Borsa, nonchè delle cambiali, dei biglietti all'ordine e delle altre carte negoziabili, il concorso di un pubblico mediatore, e che quindi fossero escluse le contrattazioni dirette. Però v'è l'art. 45, il quale dichiara, che il ministero dei pubblici Mediatori non è obbligatorio pei contraenti. Essa desidera che questi due articoli siano redatti con maggior chiarezza e precisione.

(4) La disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 37, che concede al Governo la facoltà di autorizzare con Decreto Reale nelle Borse di Commercio

nano i requisiti e le facoltà degli agenti di cambio, e quelle degli art. 38 a 42, che riguardano le altre specie di sensali.

D'indole regolamentare sono del pari la disposizione dell'art. 35, che riserva ai mediatori pubblici il diritto di eseguire gli atti di mediazione ordinati da legge o da sentenza (1), quelle degli art. 43 e 44 concernenti la facoltà di esercitare contemporaneamente più specie di mediazioni, e la pubblicità dell'elenco dei mediatori, e quella dell'art. 52, che provvede all'accertamento dei prezzi correnti delle merci e delle derrate (2). (Pag. 92 a 94).

4. Più gravi dubbi si presentarono intorno alla conservazione nel nuovo Codice dei numerosi divieti fatti ai mediatori negli art. 53, 54, 55 e 56 del Codice vigente, ovvero se fosse preferibile il sistema di rimandare la giusta determinazione e misura di tali obblighi ad una legge speciale sull'esercizio di questa professione.

la vendita degli effetti pubblici alle grida con l'osservanza delle regole e cautele che stima convenienti, è tolta dall'usanza esistente in Francia fino dai primi anni del secolo scorso, e dove venne elevata a sistema dall'art. 16 dell'Ordinanza di polizia del primo termidoro, anno IX, allo scopo di dare la maggior possibile pubblicità alle contrattazioni. — La Commissione per l'ordinamento delle Borse fa voto che venga abolito questo provvedimento, il quale oggidì non ha alcuna ragione di esistere, e fa della Borsa un chiassoso mercato, che compromette la dignità e la serietà dell'istituto.

(1) Il capoverso dell'art. 35 dichiara che tali atti sono nulli, se sono fatti da altri, dove esistono pubblici mediatori. — In Francia per gli art. 7 e 8 della Legge 28 ventoso, anno IX, e per l'art. 7 dell'Editto 27 pratile, anno X, tuttora in vigore, sono dichiarate nulle tutte le operazioni fatte a mezzo di intermediarii senza qualità. — Il PARDESSUS (n. 125), il DALLOZ, il NOUGUIER, il MOLINIER ed altri avvisano che questa disposizione non possa togliere alle parti qualunque azione ed eccezione, mentre il BEDARRIDE (n. 12) crede che la nullità minacciata sia generale ed assoluta. — In Italia la quistione non è così grave, perchè il capoverso dell'art. 35 non è così esplicito come le disposizioni delle Leggi Francesi. — La Commissione per l'ordinamento delle Borse chiede che sia tolto ogni dubbio intorno al significato della parola *atti*, nel senso che la nullità di essi non porti per conseguenza necessaria e costante la nullità giuridica della convenzione.

(2) L'art. 52 manca nel Codice Francese, nel Codice Albertino, nel Codice Germanico e nella Legge Belga, e fu tolto dagli art. 11 e 12 della Legge del 1854.

L'art. 55, interdicendo la formazione di società per l'esercizio stesso della professione di mediatore, salve alcune eccezioni o distinzioni (1), manifestamente riferivasi piuttosto all'ordinamento organico di questa classe di ausiliari del commercio, e la quistione potrebbe ricevere diversa soluzione, secondocchè la legge lasci libero o limitato da condizioni e discipline l'esercizio della professione medesima.

Parimenti l'art. 56, in cui si proibisce agli agenti di cambio di esercitare la mediazione pel mezzo di commessi od altre persone interposte, fuorchè per quegli atti che non richiedano in chi li fa la qualità di agente di cambio, appartiene alle discipline imposte soltanto ad una classe speciale di mediatori, ed inoltre farebbe mestieri di peculiari cautele per impedire che siffatta proibizione facilmente si eludesse, come finora l'esperienza ha provato.

Quindi senza difficoltà prevalse la determinazione di rimandare il riesame del contenuto di questi articoli alla ulteriore discussione dell'accennata legge speciale.

Rimane la serie dei più gravi divieti prescritti dagli art. 53 e 54. In essi disponevasi che i pubblici mediatori non potessero fare veruna operazione di commercio o di banca per conto proprio, nè interessarsi direttamente o indirettamente a loro nome o sotto quello d'interposte persone in alcuna impresa commerciale, nè ricevere o fare pagamenti per conto dei loro committenti, nè ne-

(1) La disposizione dell'art. 55 è nuova: essa non trovasi nel Codice Francese, nè nel Codice Albertino, e fu desunta dall'art. 12 della Legge del 1854.

In Francia di fronte al silenzio nel Codice era quistione, se i mediatori potessero associarsi coi *terzi* per dividere i profitti della carica. — Stanno per l'affermativa Fremery, Mollot (i, 412), Bedarride (n. 419) Carnazza (p. 288) — e per la negativa Troplong (Sociétés, i, 98), Delangle (Sociétés, i, 118), Duvergier (Sociétés, pag. 59), Bozerian (i, 51, 168 e seg.), Borsari (art. 55) e Zuccoli (Dir. comm., vol. i, pag. 102) — La quistione in Francia fu risoluta affermativamente colla Legge del 2 luglio 1862.

Il Codice Germanico (art. 69, § 3) dice chiaramente che i sensali non possono unirsi ad altri sensali per il comune esercizio degli affari di senseria o di una parte di essi. — Parimenti dispone la Legge Austriaca del 4 aprile 1875 (art. 69, n. 3).

goziare lettere di cambio od altri effetti, o vendere merci appartenenti a persone delle quali fosse conosciuto il fallimento, e che infine non potessero rendersi garanti dell'esecuzione dei contratti fatti col loro ministero.

Già dal suo tempo lo STRACCA accennava al pericolo che i pubblici mediatori esercitassero il commercio (1).

Molte legislazioni stabilirono l'incompatibilità dell'ufficio di mediatore coll'esercizio del commercio per proprio conto (2).

Lo scopo era di prevenire gli abusi della missione di pubblico mediatore, le frodi, le infedeltà che i medesimi potrebbero commettere, afferrando per sè le occasioni favorevoli a pregiudizio di quelli che loro affidano i proprii interessi (3).

(1) Così esprimevasi: « Occurrit hic nova quaestio, nam nusquam tractatam legi: Num proxeneta possit mercaturam exercere... cogitanti mihi respondendum videbatur, in eo contractu in quo intervenit non posse nec debere mercaturam facere. Finge enim post contractum iam semel et iterum tractatum, post nudata utriusque intima et secreti negotia aperta, proxenetàm nomine suo lucri causa emere seu permutare, quisquam non potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse ut officium quod in se recipit, impleret, seque a tali contractu abstineret. Et profecto repugnare videtur proxeneta quodammodo duarum personarum vicem sustineat... Haec scripsi quoniam audivi quosdam malos proxenetas clanculum cum quibusdam mercatoribus societates iniisse, et celata societate varios et diversos mercatores, et societatis ignaros ad permutandum et contrahendum induxisse » (STRACCA, De proxen. pars VI, quaest. 19).

(2) In Toscana colle Leggi del 21 novembre 1758 (art. 8) e del 24 gennaio 1769 (art. 12). — In Piemonte colle RR. Costituzioni (lib. II, tit. 16, cap. 4, § 17). — In Francia coll' Ordinanza del 1673, coi Decreti del 1720 e 1724, colla Legge 7 pratile, anno X, e quindi col Codice di Commercio art. 85).

Consimile disposizione riscontrasi nelle Leggi di Eccezione per il Regno delle Due Sicilie (art. 81), nel Codice Albertino (art. 72), nel Codice Germanico (art. 66, n. 1), nella Legge Austriaca del 4 aprile 1875 (art. 69, n. 1), nel Codice Brasiliano (art. 59, n. 1), nel Codice Spagnuolo (art. 99), del Chilì (art. 57), di Buenos-Ayres ed Uruguay (art. 106).

(3) PARDESSUS, op. cit., vol. I, n. 74; BEDARRIDE, op. cit., n. 395 e 408; BORSARI, op. cit., n. 189.

La Commissione Francese incaricata della redazione del Codice di Com-

Nel dettare siffatta disposizione il legislatore si propose benanche un altro scopo, quello cioè di allontanare dal pubblico mediatore. e quindi dai suoi clienti, che egli avrebbe tratti in inganno. il pericolo del di lui fallimento che non sarebbe una sventura, ma un delitto contemplato dall'art. 700. Inoltre, siccome i mediatori sono chiamati dalla legge a certificare, quando occorra, il corso plateale del ragguaglio dei cambii, il prezzo settimanale delle mercanzie ed il corso dei noli, dei premii e delle vetture, è necessario che non siano in alcun modo interessati ad alterarne lo ammontare per riguardi di loro personale interesse.

Quanto alla seconda proibizione fatta ai pubblici mediatori dall'art. 53, « d'interessarsi direttamente o indirettamente in alcuna impresa commerciale », essa non è che la conseguenza logica della prima.

Tale disposizione non trovavasi nell'Ordinanza del 1673, e fu aggiunta nel Codice Francese (art. 85, alin. 2) (1), per impedire che il pubblico mediatore faccia parte di una società commerciale. confondendosi colla massa dei soci, senza verun incarico amministrativo, e colla parte personalmente inattiva di un capitalista (2).

mercio, per giustificare questa disposizione, così esprimevasi: « Dès que son intérêt peut être attaché directement à la négotiation dans laquelle il s'entremet, il trompe nécessairement une des parties, et souvent toutes les deux». (Locré, Legisl. T. xx, pag. 38, n. 14 del Discorso preliminare).

(1) Così dispongono anche i Codici Germanico (art. 69, n. 1), Brasiliano (art. 59, alin. 1), di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 106, n. 1) e la Legge Austriaca del 4 aprile 1875 (art. 69, n. 1).

(2) Perciò la soscrizione di azioni di una qualunque Società commerciale è assolutamente proibita ai pubblici mediatori; mentre è loro permessa la compra di azioni, perchè, come decise la Corte Suprema di Francia (20 gennaio 1843), in tal caso l'impiego fatto dal mediatore « devait être considéré comme un placement sérieux », senza viste e senza proposito di commerciare (Sirey, tom. i, pag. 225); Mollot, n. 283; Dalloz, n. 292; Bedarride, n. 417; Alauzet, n. 353; Borsari, n. 191; Corte d'Appello di Torino, 24 marzo 1865, (Giur. ii, 160). — Così espressamente dispongono il Codice Brasiliano (art. 60), e quello di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 107).

Il Vincens, tom. i, pag. 558, è di contraria opinione.

L'art. 53 proibisce ancora ai Mediatori di « ricevere o fare pagamenti per conto dei loro committenti (1) ». Questa disposizione non fu mai scrupolosamente osservata; anzi interpretata troppo restrittivamente, sembrava contrastare coi bisogni e colle attribuzioni dell'ufficio stesso dei pubblici mediatori. Essa naturalmente deve tendere a rafforzare il divieto, che nei due capoversi precedenti è imposto al pubblico mediatore, di fare col cliente qualsiasi operazione al di fuori di quelle che nascono dai naturali rapporti del suo ufficio. E però, secondo alcuni scrittori, la legge avrebbe inteso di proibire soltanto al mediatore di fare anticipazioni al cliente, pagando del proprio gli acquisti, ed al cliente di lasciare in mano del mediatore somme a di lui particolare vantaggio, per esempio di aprirgli un conto corrente; ma non avrebbe vietato al mediatore di ricevere il prezzo dal suo cliente per consegnarlo all'altro contraente, imperocchè ciò rimarrebbe precisamente nel suo mandato (2).

Le Leggi Francesi del 21 aprile e 8 maggio 1791, e il Decreto del 27 pratile, anno X (art. 18) proibivano ai Mediatori di « negoziare effetti spettanti a persone delle quali fosse conosciuto il fallimento ».

Questa disposizione non fu accolta nel Codice di Commercio Francese, bensì nelle Leggi di Eccezione per il Regno delle Due Sicilie (art. 83), nel Codice Albertino (art. 91), nel nostro Codice (art. 53) e nel Codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 109, n. 3).

La locuzione *fallimento conosciuto* faceva sorgere una difficoltà. La dottrina francese per *fallimento conosciuto* intende fallimento *dichiarato* per sentenza del Tribunale (3). Ma ben potevasi credere che, siccome il fallimento per l'art. 543 del Codice vigente

(1) Simile disposizione leggesi nel Codice Francese (art. 85, n. 3), Brasiliano (art. 59, n. 2), di Buenos-Ayres ed Uruguay (art. 106, n. 2).

(2) BEDARRIDE, n. 428; MOLLOT, n. 281; ALAUZET, vol. II, n. 666; BORSARI, n. 192; Corte d'Appello di Palermo, sentenza 6 aprile 1866, confermata dalla Cassazione del 10 novembre (Ann. I, 2, 26).

(3) BEDARRIDE, n. 283; MOLLOT, n. 433; DALLOZ, n. 276; ALAUZET, n. 196.

consiste nella cessazione dei pagamenti, e la *dichiarazione* non è che il cominciamento e l'apertura del processo, e siccome la legge dice *fallimento conosciuto* e non *fallimento dichiarato*, non fosse necessaria una sentenza dichiarativa del fallimento, e bastasse che il mediatore conoscesse la cessazione dei pagamenti (1).

La disposizione dell'art. 54, per la quale i pubblici mediatori « non possono rendersi garanti dell'esecuzione dei contratti fatti col loro ministero », discende dal principio d'una « separazione totale dell'interesse del mediatore da quello del commerciante ». Però la dottrina venne introducendo la distinzione, che la garantia che essi non possono prestare sia quella per la quale si renderebbero compartecipi del contratto, non quella che debbono prestare per debito d'ufficio (2).

Questa disposizione leggesi anche nel Codice Francese (art. 86), nelle Leggi di Eccezione per le Due Sicilie (art. 81), nel Codice Albertino (art. 72), nel Codice Germanico (art. 69, n. 1), nel Codice Brasiliano (art. 61), nel Codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 108) e nella Legge Austriaca del 4 aprile 1875 (art. 69, n. 1), ed anche nel Progetto preliminare era stata conservata (art. 21).

Ma tutti gli altri divieti contenuti nell'art. 53 del Codice vigente scomparvero nel Progetto preliminare, come materia da regolarsi nella legge speciale, della quale fu fatta esplicita riserva in apposito articolo (art. 23 del Prog. Prel.). Una sola delle quistioni, riguardante l'interesse privato de' contraenti, si reputò necessario risolvere coll'art. 19, statuendo che il mediatore incaricato di un'operazione, non è perciò solo autorizzato a ricevere o fare pagamenti, nè a ricevere o dare adempimento alle altre ob-

(1) BORSARI, n. 196.

(2) BEDARRIDE, n. 430. Il BEDARRIDE nel suo trattato: Del dolo e della frode, n. 715, afferma che il mediatore, mediante una provvigione più forte (lo star del credere), può garantire l'esecuzione dei contratti fatti col suo mezzo. Ma nella sua opera successiva: Commentaire du Code du Commerce, Bourses de comm., Agents de change, etc. n. 431, ritratta codesta opinione. — Vedi anche BORSARI, n. 198.

bligazioni de' contraenti. Con ciò fu deciso che il mandato del mediatore non comprendesse per la propria natura siffatte facoltà, ma non fu escluso che le medesime con altro mandato speciale ed indipendente potessero essergli conferite.

La eliminazione dei divieti dell'art. 53 dal Progetto preliminare ottenne il plauso di coloro i quali, apprezzando i difetti delle sue formole feconde di controversie gravissime, desideravano che una legge speciale, riesaminato seriamente l'argomento, anzichè riprodurre disposizioni finora scritte nei Codici, ed in parte chiarite dannose od ineseguibili, non limitasse nei pubblici mediatori il libero esercizio della loro professione, oltre la misura d'una manifesta e razionale necessità.

Anche alcune Camere di Commercio, specialmente quella di Bologna, espressero un somigliante parere. Fu osservato, quanto al divieto assoluto fatto ai mediatori d'intraprendere qualsiasi operazione di commercio per conto proprio, ed anche d'interessarsi indirettamente nelle medesime, che una tale proibizione fosse esorbitante ed eccessiva; perchè non è necessariamente imposto ai commercianti di ricorrere all'ufficio della mediazione, e l'impiego e la scelta d'un mediatore sono atti abbandonati alla fiducia liberissima dei contraenti, che un saggio legislatore non ha diritto di vincolare; perchè dove l'esercizio della professione fosse lasciato libero a qualunque persona, il divieto stesso sarebbe vano ed incomprensibile, e perchè infine, se per esercitare la mediazione fosse indispensabile abbandonare completamente la professione di commerciante nel proprio interesse, per inevitabile conseguenza l'ufficio di mediatore cadrebbe nelle peggiori mani, con tante minori garantie di probità e di capacità, anche perchè nelle minori piazze difficilmente quel solo ufficio potrebbe fornire mezzi d'onorata sussistenza.

Quanto al divieto ai mediatori di ricevere o fare pagamenti per conto dei loro clienti, è notorio che non fu mai rispettato, e nel fatto non potrebbe esserlo, allorchè l'una parte ignora il nome dell'altra parte contraente, il che aveva indotto la dottrina e la giurisprudenza ad interpretare il testo legislativo contro la sua letterale espressione, come innanzi fu avvertito, cioè nel senso che quel di-

vieto dovesse applicarsi ai soli pagamenti, anticipazioni o aperture di conti correnti che non avessero rapporto coll'esercizio della mediazione.

Il divieto di negoziare o alienare cose spettanti a persone di cui fosse conosciuto il fallimento, anche fatta astrazione dalla parimenti accennata ambiguità della formola, sarebbe poi superfluo ed insufficiente, perchè in tali casi il mediatore, che dopo una dichiarazione di fallimento, cooperi ad un contratto che nel fallito è delitto, meriterebbe la pena dei complici. Estendendosi poi la proibizione anche ai contratti che precedono la dichiarazione di fallimento, la cognizione della cessazione dei pagamenti, che facilmente può confondersi con uno stato di transitorio disordine negli affari d'un commerciante, è di difficile pruova e può dar luogo a pericolosi arbitrii. Perciò una consimile disposizione proposta nel Belgio dal Governo, fu cancellata nella discussione parlamentare (1).

Finalmente l'ultimo divieto, che non permetteva ai mediatori di rendersi garanti dell'esecuzione dei contratti fatti col loro ministero, non poteva considerarsi che come una conseguenza necessaria di due altre disposizioni: quella che loro interdice di assumere qualunque obbligazione commerciale nel proprio interesse, chè tale senza alcun dubbio sarebbe la fidejussione degli impegni contratti dai proprii clienti; e l'altra che obbliga i mediatori prima della conclusione del contratto a manifestare al contraente, che ne facesse la domanda, il nome dell'altro contraente (art. 51 del Codice del 1865). Soppressa nel Progetto la prima disposizione, e sostanzialmente mutata la seconda, come appresso vedremo, mancava ogni ragione di conservare anche quest'ultimo divieto nei termini assoluti in cui era concepito.

Queste considerazioni, dopo un ulteriore diligente studio del-

(1) « La notoriété est difficile à constater et, du reste, la faillite peut avoir été ignorée du négociateur. Lorsqu'il agit de mauvaise foi, il peut, suivant les circostances, être comdamné à des dommages-intérêts envers les personnes auxquelles la négociation est préjudiciable » (NAMUR, vol. I, n. 278).

l'arduo argomento, mi persuasero anzitutto della convenienza di mantenere nel Progetto definitivo la massima della esclusione della lunga serie dei divieti testè enunciati, e quindi ancora delle correlative sanzioni penali, riservando nell'art. 34 a leggi e regolamenti speciali determinare le norme riguardanti gli uffici pubblici spettanti ai mediatori e l'accertamento dei corsi; e di restringere negli art. 28, 29 e 30 la parte più necessaria ed a mio avviso non disputabile, degli obblighi e delle responsabilità che i mediatori assumono verso le parti nella prestazione del loro ufficio. (Pag. 94 a 102).

5. Riguardo all'art. 28 (del Progetto, corrispondente al 29 del presente Codice) giova rammentare che nell'art. 50 del Codice (del 1865) gli agenti di cambio sono dichiarati *civilmente* responsabili dell'*ultima* sottoscrizione delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e degli altri effetti che negoziano.

Una simile disposizione contenevasi nell'art. 14 dell'Editto 27 pratile, anno X, ed è conservata nell'art. 68 della legge Belga.

Ma la sua interpretazione ha dato luogo a gravi difficoltà. Si disputò se l'agente di cambio debba rispondere della firma del sottoscrittore anche per i *titoli al portatore*. Vi ha chi difende la opinione affermativa, dacchè non bisogna fermarsi alla lettera della legge, ma badare allo spirito di essa: la legge parla dei biglietti *nominativi*, come quelli che più generalmente si contrattano (*de eo quod plerumque fit*), ma non esclude che i titoli al portatore debbano essere ugualmente garentiti (1).

Senonchè questa dottrina praticamente non potrebbe essere applicabile, imperocchè mentre è testuale che la responsabilità debba restringersi soltanto alla verità della sottoscrizione dell'*ultimo* cedente, come mai potrebbesi obbligare l'agente di cambio a garantire la verità della *sottoscrizione* che trovasi in un titolo al portatore? Essa non potrebbe invece essere che la *prima* e forse *unica*, quella cioè dell'emittente, ignorandosi poscia quante successive trasmissioni di mano a mano siansi operate del titolo stesso,

(1) MOLLOT, Bourses de Commerce, Agents de change et Courtiers, n. 376.

senza bisogno di alcuna scrittura, e perciò senza che l'ultimo trasmittente abbia dovuto apporre sottoscrizione veruna.

Il MOLLOT non si dissimula questa difficoltà, e si limita a dare una risposta poco intelligibile. L'agente di cambio, così si esprime, corra la fede del proprio cliente che gli ha consegnato il titolo, e che non avrà voluto ingannarlo; ma dal canto suo renda tranquillo con la propria responsabilità, colui nell'interesse del quale lo acquista.

Tale soluzione renderebbe l'agente responsabile del fatto altrui, e di qualunque assicurazione verbale, ma eccede indubitatamente, la misura della responsabilità imposta dalla legge, che si limita in vece alla semplice garentia d'un fatto materiale, quale sarebbe la verità dell'*ultima sottoscrizione*, di cui è in potere del mediatore di accertarsi.

L'art. 50 del Codice vigente (del 1865) non applicavasi adunque che ai titoli nominativi; i *titoli al portatore* ne escludevano per loro natura l'applicazione (1). Non per questo gli agenti di cambio cessavano di essere responsabili: se la sincerità dei titoli fosse per esterni segni o per altre cause sospetta, se chi li possedeva era incapace a contrattare, ed essi avessero trascurato le debite verificazioni, divenivano responsabili per le regole generali del diritto intorno alla colpa (art. 1224, 1151 del Codice Civile), secondo che essi potevano, o no, evitare il danno arrecato al cliente (2).

Ad ovviare questi inconvenienti ed a togliere il grave dubbio, il Progetto preliminare nell'art. 18 dispose, che qualunque mediatore incaricato di fare per conto altrui un contratto, « oltre gli altri casi di responsabilità derivanti dai principi generali del diritto », fosse civilmente responsabile della verità « dell'ultima

(1) Il Codice del Chilì (art. 71) dispone che l'agente di cambio è responsabile anche della legittimità degli effetti pubblici al portatore, negoziati colla sua mediazione. Però la sua responsabilità cessa, qualora i titoli non abbiano segni esterni e visibili per i quali si possa stabilire la loro identità.

(2) BECHÊRE, n. 838, BEDARRIDE, n. 276; BORSARI, n. 183; Cassaz. Franc. 20 aprile 1868.

sottoscrizione delle carte » che passano per le sue mani, e che si riferiscono agli affari da lui trattati.

Questa disposizione era più ampia, comprendendo indistintamente ogni specie di *carte*, ed estendendo la responsabilità alla veracità dell'*ultima sottoscrizione* in esse contenute, cioè alla legittimità dell'ultima ed immediata provenienza.

La disposizione dell'art. 50 del Codice e dell'art. 18 del Progetto preliminare diedero anche luogo ad altro dubbio. L'espressione « civilmente responsabile » poteva avere due sensi: che cioè l'agente di cambio non dovesse rispondere *commercialmente*, e quindi l'azione per l'avvenuto danno dovesse proporsi davanti ai giudici civili; oppure che l'agente di cambio dovesse in ogni caso rispondere *solo civilmente*, non *in via penale*, anche quando le firme fossero impugnate di falso. In quest'ultima ipotesi, per qual motivo la legge avrebbe derogato alle norme generali sulla responsabilità penale? E nella prima, per qual ragione avrebbe sottoposto il mediatore per la sua responsabilità alla giurisdizione civile, mentre la *mediazione* è annoverata fra gli atti di commercio, ed alla mediazione sono collegati necessariamente gli interessi del commercio? (1).

L'art. 68 del Codice Belga riveduto ha usato benanche la frase « civilmente responsabile », ed il NAMUR (2) la giustifica, dicendo che qui si suppone il caso ordinario e frequente che i mediatori non siano nè autori nè complici del falso, imperocchè, in caso diverso, si potrebbe indubitatamente procedere anche contro di essi in via penale, per l'applicazione della pena incorsa, secondo il diritto comune.

Nell'attuale Progetto mi parve utile togliere ogni incertezza, e prevenire ogni contestazione. Quindi ho preferito sopprimere la parola *civilmente*, generatrice degli accennati dubbi. Inoltre, accogliendo l'osservazione di qualche Camera di Commercio (Bologna), che non sempre il mediatore è *incaricato*, ma anzi sovente propone egli

(1) V. le Osservaz. delle Cam. di Comm. di Bologna e di Brescia (Sunto, pag. 37).

(2) NAMUR, op. cit., vol. I, n. 282.

stesso di propria iniziativa gli scambi, i contratti, le imprese, che reputa corrispondenti ai bisogni di questo o di quel commerciante, furono tolte le parole: « (qualunque mediatore) incaricato di fare per conto altrui un contratto ». Fu eliminata infine l'aggiunta fatta dal Progetto preliminare al Codice vigente, cioè: « oltre gli altri casi di responsabilità derivanti dai principî generali di diritto », non perchè i mediatori dovessero sottrarsi agli obblighi comuni a tutti i cittadini e commercianti, ma perchè le regole generali colpiscono tutti, e perciò, soppressa la parola *civilmente*, la ripetizione ne era divenuta manifestamente superflua. (Pag. 103 a 106).

6. Nell'art. 29 (del Progetto, 30 del presente Codice) ho conservato quell'unico divieto, tra i molti scritti nell'art. 53 del Codice vigente (del 1865), che il Progetto preliminare, opportunamente modificandone la formola, avea creduto utile di mantenere, disponendo che « il mediatore incaricato di un'operazione non è *per ciò solo* autorizzato a ricevere o fare pagamenti, nè a ricevere o dare adempimento alle altre obbligazioni de' contraenti (art. 19) ». Per tal modo è tolto ogni dubbio, e facile riesce l'intelligenza di quell'articolo nel vero senso in cui l'intese il legislatore, che cioè nel mandato inerente all'ufficio di mediatore, come tale, non sia compresa la facoltà di fare o ricevere pagamenti per conto dei clienti, ovvero di ricevere o dare adempimento alle altre obbligazioni dei contraenti, non escludendo però che con un mandato speciale ed indipendente tale facoltà possa essere accordata. Tuttavia mi parve conveniente di aggiungervi una limitazione nel solo caso in cui esistessero in contrario usi locali o speciali del commercio, imperocchè in alcune piazze, e per certi rami di operazioni commerciali, potrebbe essere che l'incarico d'intervenire come mediatore comprendesse anche quello di fare o ricevere pagamenti per conto del cliente, ed è inteso che tali usi non vengono dalla legge, a danno della libertà, alterati o distrutti. (Pag. 106).

7. Una più radicale innovazione ho creduto dover introdurre con l'art. 30 (31 del Codice) per soddisfare alle esigenze del commercio, imitando le legislazioni delle Nazioni più progredite, e secondando i voti ripetutamente espressi dalle rappresentanze commerciali.

Nella quistione del segreto dei mediatori due opposti sistemi trovansi a fronte nelle varie legislazioni, quello che ad essi impone il segreto sui nomi delle parti che ricorrono ai medesimi per la conclusione dei contratti, e l'altro che invece loro impone l'obbligo di manifestarli all'altra parte che il richieda.

In Francia i mediatori sono obbligati alla più scrupolosa segretezza per gli articoli 30 e 36 dell'Editto 24 settembre 1724, 13 e 19 dell'Editto 27 pratile, anno IX; e tal principio fu confermato in epoca più recente da una decisione della Corte di Parigi del 14 gennaio 1848. La stessa giustizia non può penetrare il segreto. Il pubblico mediatore chiamato testimonio in giudizio, è dispensato dal deporre i nomi dei suoi clienti, eccettuato il caso di dolo, frode o complicità imputate allo stesso mediatore (1). L'art. 74 del Regolamento per gli agenti di cambio di Parigi stabilisce che essi devono osservare un segreto inviolabile alle persone che li incaricano di negoziazioni, a meno che le parti stesse non consentano ad essere nominate, ovvero la natura dell'operazione lo esiga.

Anche il Codice Spagnuolo (art. 86) obbliga i mediatori a serbare un rigoroso segreto su tutto ciò che concerne le negoziazioni di cui vengono incaricati. Altrettanto dispone il Codice di Commercio di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 101).

Per l'opposto nella Legge Subalpina degli 8 agosto 1854 prevalse il principio, che i pubblici mediatori siano obbligati a manifestare prima della conclusione del contratto, alla parte che ne fa domanda, il nome dell'altra parte. E questa disposizione passò nell'art. 51 del Codice vigente del 1865.

Essa mancava nelle Leggi di Eccezione per le Due Sicilie e nel Codice Albertino; ed una disposizione analoga manca altresì nel Codice Germanico.

La legge per la Borsa di Vienna dell'11 luglio 1854, prevedendo che il sensale non voglia o non possa declinare il nome del suo cliente, stabilisce (§ 16) che in tal caso egli si rende garante

(1) Cassaz. Franc. 18 gennaio 1806.

in proprio nome, verso colui col quale conchiuse il contratto, dell'esecuzione del medesimo.

La Legge Austriaca del 4 aprile 1875 (art. 69, n, 5) dispone che il segreto sia mantenuto soltanto sul contratto in sè e sulle condizioni del medesimo, non già intorno al nome delle persone per cui trattano i pubblici mediatori, i quali hanno facoltà di far conoscere questo nome *solo* allora che tali persone li abbiano forniti dei fondi occorrenti all'affare loro commesso, od esse siano di sicura fede, *sotto pena di rispondere dei danni* (art. 69, *a*).

Nel Belgio la Camera non accettò un articolo affatto identico al nostro, proposto dalla Commissione di revisione, ed adottò l'articolo 67, il quale di rególa rende responsabile dell'esecuzione del contratto il mediatore che tace il nome dei contraenti, ed al contrario fa cessare la responsabilità nel caso che esso manifesti il nome del proprio cliente (1).

Credo opportuno rammentare che l'Ufficio Centrale del Senato nel 1852 aveva espresso il parere, che una disposizione, la quale obbligasse i mediatori a manifestare prima della conclusione del contratto alla parte che ne fa domanda, il nome dell'altra parte, dovesse essere respinta, perchè — o una delle parti ha un vero interesse di conoscere il nome dell'altra parte, imperciocchè il contratto non deve avere l'immediata esecuzione nel momento della conclusione o poco dopo; ed in tal caso essa può provvedere a sè col domandare al mediatore la copia del contratto, in virtù della disposizione dell'art. 87 del Codice di Commercio (2) — ovvero, dovendo il contratto avere immediata esecuzione, il desiderio di sapere il nome dell'altro contraente non è giustificato da alcun serio motivo, e non vi è allora giusta ragione di assecondarlo, facendo rivelare al richiedente il nome dell'altro contraente, il quale per avventura può aver legittime ragioni di preferire, senza danno altrui, di rimanere occulto.

(1) Namur, op. cit., vol. I, n. 277.

(2) L'art. 87 del Codice di Commercio Albertino corrisponde all'art. 46 del Codice vigente, all'art. 28 del Progetto preliminare ed all'art. 32 del Progetto definitivo.

Anche la Commissione parlamentare incaricata di riferire sullo stesso Progetto, nella sua Relazione presentata alla Camera il 17 aprile 1854 reputava superfluo imporre ai mediatori l'obbligo del segreto, « tuttavia (conchiudeva) siccome non si tratta che di una disposizione sovrabbondante, la Commissione ha creduto di poterla lasciar sussistere ».

Malgrado questi precedenti, la disposizione dell'art. 51 era stata conservata nel Progetto preliminare, anzi, per il riflesso che in essa non erano indicate le conseguenze dell'inadempimento, si credè opportuno di aggiungere, che in tal caso « l'affare devesi reputar conchiuso dal mediatore per suo conto ».

Parecchie Camere di Commercio censurarono la disposizione del Progetto preliminare, perchè bene spesso una delle parti contraenti ha grave e ragionevole interesse a non intervenire in una operazione di cui ha confidato la cura ad un terzo. Osservarono che in pratica tale disposizione non ha grande utilità, poichè se il mediatore non offre sufficienti garentie, la parte a cui esso si rivolge può sempre fare dell'intervento dell'altra parte una condizione preliminare, che può essere o no accettata dal mediatore. Inoltre la disposizione dell'art. 51 non è osservata, nè potrebbe esserlo in contraddizione ai prevalenti usi ed interessi del commercio.

Rispetto alla sanzione aggiunta nel Progetto preliminare per il caso d'inadempimento, osservarono che in tal modo si accorda ai pubblici mediatori la facoltà di fare operazioni di commercio o di banca per conto proprio, in contraddizione al divieto sancito nell'art. 53 del vigente Codice.

Altre Camere di Commercio però, vagheggiando un sistema intermedio di libertà, proposero che non fosse imposto ai mediatori nè l'obbligo del segreto, nè l'obbligo di rivelare alla parte, che lo richieda, il nome dell'altra parte contraente; ma lasciandoli liberi di tacere o rivelare i nomi del clienti secondo le convenienze di costoro e gli accordi che con essi prendano, venisse però mutata la sanzione nel senso che laddove non manifestassero i nomi delle parti, in caso d'inadempimento dovessero considerarsi garanti del-

l'esecuzione. Lo stesso avviso fu espresso dalla Commissione per l'ordinamento delle Borse nella sua dotta Relazione.

L'attuale Progetto, accogliendo questo voto delle rappresentanze commerciali e di uomini molto competenti, ed imitando le più recenti legislazioni straniere, lascia libero il mediatore di manifestare il nome del suo cliente, ma lo considera come garante dell'esecuzione del contratto, qualora invece esso preferisca di conservare il segreto.

Questa mi parve la soluzione migliore, e la più conforme ai principii di libertà contrattuale, ed agli usi ed interessi vari del commercio. Essa ad un tempo determina i casi ed i limiti in cui i mediatori divengono garanti dell'adempimento dei contratti conchiusi nell'interesse dei loro clienti. (Pag. 107 a 110).

8. L'art. 31 dell'attuale Progetto (art. 32 del Codice) dispone che per gli affari non conchiusi non compete al mediatore alcun diritto di mediazione.

Nel Codice vigente l'art. 57 provvedeva intorno alla tariffa delle mercedi a cui avessero diritto i pubblici mediatori per le loro prestazioni, ma non determinava quando i mediatori potessero ripetere la mercede.

A rigore essi non debbono pretenderla se non nel caso che l'affare sia stato conchiuso, imperocchè fin dai suoi tempi diceva lo STRACCA: « Nihil actum videtur cum aliquid superest peragendum; et inquit BALDUS in individuis partem inveniri non posse, quae ex sola consummatione acquirunt formam, nomem et esse rei (1) ».

Nondimeno la giurisprudenza, dipartendosi talvolta da questo principio assoluto, concesse al mediatore un compenso per gli affari trattati, e non definitivamente conchiusi *per colpa delle parti* (2).

Per i sensali che non sono pubblici mediatori l'art. 66 del Co-

(1) STRACCA, De proxen, Pars ult., n. 6.

(2) STRACCA, De proxen. Pars ult., n. 10; BORSARI, n. 208; Corte di Milano 1° giugno 1865 (Giur. II, 351); ALAUZET n. 332 dice: « Non obstant des habitudes contraires, il a été jugé que des droits sont dus aux courtiers qui les réclament, pour les marchés résiliés, aussi bien pour ceux qui reçoivent leur exécution ».

dice dichiara che in niun caso hanno diritto alcuno a pretendere la mediazione, ma soltanto azione per conseguire la mercede delle loro operazioni a norma degli accordi, o, in mancanza, in proporzione del tempo impiegato.

Questo principio che ad affare conchiuso, mancando gli accordi, debbasi retribuire il sensale *ad instar laboris*, non è certamente nuovo (1); anzi parecchi scrittori reputarono equo di compensare il Sensale, quando l'affare non fosse stato conchiuso *per fatto delle parti* (2).

Ma due gravi considerazioni distolsero dall'entrare in quest'ordine di idee: la prima, che la misura di un vero diritto di mediazione è stabilita in relazione con l'importanza dell'affare e proporzionalmente al valore di una contrattazione effettuata e conchiusa, mentre ove manchi questa conclusione, e l'affare rimanga allo stato di progetto, quel criterio diviene inapplicabile, e non può sottentrare che la ben diversa obbligazione di qualunque mandante di pagare al mandatario quella mercede delle sue fatiche che siasi avuto cura di pattuire espressamente, anche per il caso di affare non riuscito: l'altra consistente nel pericolo di creare numerose ed inutili liti per ricercare la causa che abbia veramente fatto mancare il buon esito delle intraprese trattative e la conclusione di un contratto.

Perciò nel Progetto preliminare (art. 22) fu negato espressamente ogni diritto di mediazione se l'affare non è stato conchiuso, affermandosi di seguire con ciò le consuetudini commerciali generalmente invalse, ed adottate anche espressamente da alcuna fra le più recenti legislazioni. Infatti il Codice Germanico (art. 82) dichiara che se l'affare non è conchiuso, non può venire elevata alcuna pretesa di senseria per le trattative, e così pure dispone il Progetto Svizzero (art. 36).

(1) Leg. 1 e 3 Dig. De proxen; DOMAT, Loix civ., lib. I, tit. XVII, sez. I; MARQUARDUS, De jure mercat., lib. I, c. 8; STRACCA, De proxen, pars. ult.; GIBALDIN, De univ. négot., tom. I, cap. 3, art. 4; AZUNI, v. Sensale.

(2) ANSALDUS, De commerc., Disc. 80, n. 26; MANTICA, De tacit. et ambig., lib. XXVI, tit. VIII, n. 28; STRACCA, De proxen., pars ult.

L'attuale Progetto (art. 31) pertanto mantiene la disposizione del Progetto preliminare. (Pag. 110 a 112).

9. La legge richiede che i pubblici mediatori abbiano a tenere alcuni libri speciali (1) a guarentigia degli interessi propri e dei loro clienti, e prescrive anche per essi peculiari formalità (art. 46 del Codice vigente) (2).

Mentre però il Codice vigente obbliga alla tenuta dei libri soltanto i *pubblici* mediatori (art. 46), la Commissione del 1869 ragionevolmente considerò, che quando anche si facesse applicazione del principio di libertà alla professione di mediatore, tuttavia, come il commerciante, per ciò solo che esercita il commercio, è obbligato a tenere i libri relativi, così anche l'obbligo di tenere i libri speciali, riguardati necessari per l'esercizio della mediazione, non debba esser ristretto ai soli mediatori autorizzati o pubblici, ma incumba generalmente *a chiunque esercita la professione di mediatore* (3). Quindi la disposizione venne con tale estensione scritta nel Progetto preliminare (art. 28), e conservata nel Progetto definitivo (art. 32 di esso, e 33 del presente Codice).

Siccome poi le stesse ragioni, che determinarono il legislatore

(1) Tale obbligo era sancito in quasi tutti gli Statuti municipali del Medio-Evo. Lo STRACCA scriveva: « Solent et debent proxenetae librum conficere, in quo conventiones scribant, idque lege municipali in patria mea cavetur, certaque forma librum conscribendum mandatur ». (De proxen., p. II, n. 7).

(2) Lo stesso STRACCA accenna a queste formalità: « Illudque praecipuum est de more librum factum atque conscriptum oportere, in quo non defunctorie proxenetae conventiones scribant, hoc est non neglecte et oscitanter. Clare igitur et aperte conventiones scribant et bona fide. . . . . et actus sui rationem diligenter conficiant » (De proxen., p. II, n. 7 ed 8. — Ed altrove « Caveat igitur liber proxenetae cancellationibus, inductionibus, ac superinductionibus, et omni denique suspicione, secundum ea, quae de libro mercatoris plura referendo scripsimus (ibid, n. 40) ».

Prescrivono analoghe formalità anche i Codici Francese, art. 84, Germanico art. 71 e 72, Brasiliano, art. 47 e 50, di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 92 e 94, la Legge Belga, art. 65 e 66, e la Legge Austriaca del 4 aprile 1875, art. 71 e 72.

(3) Verb. della Commissione del 1869, n. 787.

ad ordinare la conservazione dei libri di commercio per 10 anni, sussistono anche per i libri dei mediatori, così anche ad essi fu esteso tale obbligo dal Progetto preliminare (art. 30) e dal Progetto attuale (art. 32 di esso, 33 del presente Codice, ult. cap.). (Pagina 112 a 113).

Commissione del 1869.

10. L'articolo corrispondente all'attuale art. 30 fu introdotto per le seguenti considerazioni: L'art. 53 del Codice vigente proibisce ai pubblici mediatori di fare alcuna operazione di commercio o di banca per conto proprio, d'interessarsi direttamente o indirettamente in alcuna impresa commerciale, di ricevere o fare pagamenti per conto dei loro committenti, e di negoziare lettere di cambio od altri effetti, o vendere merci appartenenti a persone notoriamente fallite.

Salvo alla legge speciale il determinare le obbligazioni che saranno da imporsi a coloro i quali aspirano ad ottenere la qualifica di pubblici mediatori, il Codice di Commercio deve considerare la mediazione nel suo concetto generale e non può quindi imporre divieti che non potrebbero essere generalmente osservati. Neppure credesi necessaria una disposizione speciale per vietare l'intervento nelle operazioni dei commercianti falliti, poichè a ciò provvedono le leggi generali e speciali, le quali colpiscono chiunque si rende colpevole di dolose distrazioni nei casi di fallimento.

Una disposizione ritiensi invece necessaria per determinare la estensione del mandato, che deriva al mediatore dall'incarico ricevuto di trattare un'operazione, ed a tale effetto il relatore propone e la Commissione approva l'articolo divenuto ora il 30 (salva l'aggiunta dell'ultima clàusola, stata introdotta nel Progetto definitivo e giustificata (n. 6) nella Relazione Ministeriale). (Verb., n. 784).

11. Riguardo all'art. 32 si ritenne, che a tenore delle consuetudini commerciali generalmente invalse, ed adottate anche espressamente da alcune fra le più recenti legislazioni commerciali, non si riconosce al mediatore alcun diritto a retribuzione, se non quando l'affare da lui trattato fu portato a conclusione. (Verb., n. 786).

12. In proposito dei libri di cui nell'art. 33 fu osservato, che l'applicazione del principio di libertà alla professione di mediatore richiede che come il commerciante perciò solo che esercita il commercio è obbligato a tenere i libri relativi, così anche l'obbligo di tenere i libri speciali ritenuti necessari per l'esercizio della mediazione non sia da ritenersi rispetto ai soli mediatori autorizzati o pubblici, ma incomba generalmente a chiunque esercita la professione di mediatore.

E per assicurare l'adempimento dell'obbligo imposto a tutti i mediatori, dovranno stabilirsi le necessarie sanzioni nel titolo della *bancarotta*. (Verb., n. 787).

Commissione di coordinamento.

13. Sul penultimo capoverso dell'art. 33, la Sotto-Commissione allo scopo di coordinare questo articolo colle disposizioni speciali dell'art. 2 della Legge del 13 settembre 1876, n. 3326 (serie 2ª) sulle tasse di bollo pei contratti di borsa, in quanto riguardino i doveri dei mediatori che intervengono in tali contratti, propose la modificazione specialmente d'introdurvi nel penultimo capoverso l'aggiunta che *rispetto ai contratti di borsa si osservano le leggi speciali.*

L'on. Castellano propose una lieve modificazione, che si dicesse cioè che: *Rispetto ai contratti di borsa si osservano* ANCHE *le leggi speciali,* per significare che in quelle parti non regolate dalle leggi speciali resta in vigore la legge comune.

Il prof. Vidari non crede necessaria tale aggiunta, perchè è sottinteso che si applicano le leggi generali in quanto non siano derogate dalle leggi speciali.

Dello stesso avviso sono pure gli on. Orsini e Tajani, i quali convengono nel concetto dell'on. Castellano, ma reputano che esso sia chiaramente compreso nell'articolo stesso, e credono sufficiente che di ciò sia fatta espressa menzione nel processo verbale.

La Commissione consente in questa opinione, e mantiene la redazione dell'articolo come fu proposta dalla Sotto-Commissione. (Verb., n. 9).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Concetto della mediazione. Il mediatore in affari commerciali è commerciante; ed il suo ufficio ha analogia con quello del mandatario di amendue le parti.

2. Il Codice di Commercio si occupa soltanto dei rapporti di diritto privato nascenti dalla mediazione.

3. Della responsabilità incombente al mediatore della verità dell'ultima sottoscrizione, come altresì della sottoscrizione unica e di quelle contemporanee.

4. Il mediatore ha inoltre la responsabilità che deriva dai principii generali del diritto.

5. La responsabilità speciale del mediatore non si estende ai titoli al portatore; ma però anche a questi sono applicabili i principii generali sulla responsabilità.

6. Termine utile allo sperimento dell'azione relativa.

7. Come essa possa essere esperita.

8. Limiti nei quali per regola generale, e salvi gli usi contrari, deve contenersi l'incarico del mediatore.

9. L'art. 31 ha risolto opportunamente la quistione intorno al segreto del mediatore ed alla sua responsabilità per la esecuzione dei contratti. Il principio della sua surrogazione nei diritti verso l'altro contraente è applicabile in ogni caso in cui egli presti tale esecuzione.

10. Opportunità della disposizione dell'art. 32 sul diritto di mediazione: quando possa dirsi che l'affare sia stato conchiuso: casi in cui il diritto di mediazione non è dovuto. Distinzione a tal riguardo fra *conclusione* e *esecuzione* del contratto.

11. Di regola il diritto di mediazione è dovuto da amendue le parti: eccezioni alla regola.

12. Del caso di concorso di più mediatori nel pretendere la mediazione.

13. Della misura del compenso dovuto al mediatore.

14. Nell'attribuzione del compenso convien ben distinguere il mandato dalla mediazione.

15. Degli obblighi del mediatore riguardo alla tenuta dei libri.

16. Delle copie da rilasciarsi dai mediatori, di cui nel penultimo capoverso dell'art. 33.

17. Della facoltà dell'autorità giudiziaria di ordinare ai mediatori la esibizione dei loro libri.

18. Dell'altra facoltà, pure dell'autorità giudiziaria, di chiedere loro schiarimenti.

19. Sanzioni alla inosservanza dei relativi ordini dell'autorità giudiziaria.

1. La mediazione in materia di commercio è la intromissione fra altri allo scopo di far loro conchiudere un affare commerciale: il che si verifica sia del vendere e del comprare, sia di qualunque altro fatto di commercio lecito, poichè, come bene avvertì lo STRACCA dopo di aver riportato da altro più antico scrittore una definizione del mediatore che diceva: « Proxeneta proprie significat eum qui inter ementes et vendentes est conciliator et medius », — « sed et verius est non solum in venditionibus et emptionibus proxenetas intervenire, sed generaliter in omnibus negotiis licitis », prendendo questo concetto dall'ACCURSIO, da lui qualificato « in jure civili singularis memoriae, summaeque scientiae vir », ed aggiungendo di aver detto *negotiis licitis* « quia legitimum et non malum proxenetam descripsi » (1).

E sebbene la varietà dei commerci e delle industrie dia luogo a corrispondenti varietà e specie di mediatori, opportunamente questo Codice non annovera le loro specie medesime, come faceva il Codice precedente, contemplando espressamente gli agenti di cambio ed i sensali di merci, di assicurazioni, di noleggi di navi, di trasporti per terra e per acqua (art. 32, 36, 38 e seguenti), perchè una simile enumerazione sarebbe riuscita necessariamente incompleta, ed invece lascia alla esplicazione naturale della mediazione di applicarsi ai vari rami del commercio e dell'industria (2).

Nessun dubbio poi che il mediatore in affari commerciali è commerciante. Ciò risulta dalla natura dei suoi atti, perchè l'industria d'intromissione fra le parti contraenti che egli esercita, è industria che si associa in certa guisa alle operazioni commer-

(1) De proxenetis atque proxeneticis, pars I, n. 1 a 5.

(2) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 160 e 497; MASSÉ, Le dr. comm., etc., n. 15 e 958.

ciali delle stesse parti contraenti: risulta pure dalle combinate disposizioni degli art. 3, num. 22°, ed 8 di questo Codice, poichè è detto nell'uno che la legge reputa atti di commercio le operazioni di mediazioni in affari commerciali, e nell' altro che sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, ed è confermato dall'ultimo capoverso dell'art. 33, che dichiara applicabile ai mediatori la disposizione dell'art. 21, portante l'obbligo del commerciante di tenere il libro-giornale ed il copia-lettere e telegrammi e di conservare in fascicoli le lettere ed i telegrammi che riceve, non che dall'art. 857, che dichiara colpevole di bancarotta semplice chiunque, esercitando abitualmente la professione di mediatore, sia caduto in fallimento, mentre secondo l'art. 683 ed i principi della materia, non può essere costituito in istato di fallimento che il commerciante.

La Legge Sarda dell'8 agosto 1854 sugli agenti di cambio lo dichiarava nell'art. 26, ma la dichiarazione è sembrata inutile ai compilatori del Codice di Commercio Italiano del 1865 (1).

Al quesito propostosi, se il mediatore sia un locatore d'opera, ovvero un mandatario, un illustre interprete del diritto francese risponde essere desso il mandatario di amendue i contraenti (2). Egli rammenta che le leggi romane decidevano espressamente che la qualificazione di locatore d'opera non conviene ai mediatori: il loro compenso era decorato col nome di *proxeneticon* o di *philanthropia* ed avevano per conseguirlo l'azione straordinaria davanti al Pretore od il Preside della provincia, parimenti che gli avvocati, i medici ed i professori (3); e soggiunge che anche nel diritto moderno i mediatori sono gl'intermediari delle parti ed i mandatari dell'una e dell'altra, perchè sebbene le loro funzioni siano retribuite di diritto, e siano anzi lucrative, non lo diventino però che per il gran numero delle relative operazioni, perchè in se medesimo l'onorario del mediatore è modico, avuto riguardo alla probità, alla discre-

(1) Processi verbali della Commissione ecc., Verb. n. 4, I.
(2) Troplong, Du mandat, n. 245.
(3) Ulpiano, L. 1 e 2 ff. Dig. De proxeneticis.

zione, alla prudenza ed all'abilità che si richiede in questa professione, tanto utile al commercio.

Se si dovesse scegliere fra i due termini del quesito, dovrebbe certamente farsi adesione alla risposta del Troplong; ma sembra più esatto di dire che i mediatori non sono nemmeno i mandatari delle parti, nel preciso senso della parola, perchè giusta l'osservazione del Pardessus vi ha fra di essi la differenza essenziale, che il mandatario non si limita, come il mediatore, ad essere intermediario per riferire e discutere proposte, ma compie e conchiude l'affare nei limiti dei poteri che gli sono stati conferiti (1). La disposizione dell'art. 30 del presente Codice questo conferma, perchè non accorda come rêgola generale al mediatore attribuzioni che pure rientrerebbero nel suo ufficio se egli fosse un vero mandatario delle parti; e perciò può solo riconoscersi nel mediatore un' analogia col mandatario, poichè una specie di mandato è pure inerente all'ufficio di mediatore (2): onde alla risoluzione delle quistioni, che non si possano decidere colle regole proprie della mediazione, dovranno applicarsi i principii relativi al mandato, anzichè quelli che governano la locazione d'opera.

2. In questo titolo il Codice si occupa soltanto, come il legislatore ha pensatamente voluto (3), dei rapporti di diritto privato nascenti dalla mediazione, lasciando alla legge speciale ogni altra disposizione relativa alla materia stessa.

3. L'art. 29, che dichiara il mediatore responsabile della verità dell'ultima sottoscrizione delle carte che passano per le sue mani, riguardanti gli affari da lui trattati, si spiega colla considerazione, che non solamente il mediatore deve ben conoscere le persone fra cui intromette la sua opera, ma che inoltre questa sua intromissione, e la fiducia che egli naturalmente ispira al cessionario ed al compratore, fa sì che costoro più non sentano il bisogno di assicurarsi, come il diligente padre di famiglia dovrebbe fare,

(1) Su questi articoli, I, n. 3.
(2) Cours de dr. comm., n. 41.
(3) Su questi articoli, I, n. 6.

della verità appunto almeno dell'ultima sottoscrizione, la quale deve garantire la regolarità dell'affare.

Esso articolo riproduce l'art. 50 del precedente Codice migliorandolo, come si è veduto (1); e lo stesso art. 50 del Codice precedente era stato introdotto ad imitazione dell'art. 14 del Decreto (*Arreté*) del 27 pratile, anno X, della prima Repubblica Francese (16 giugno 1802), il quale aveva moderato ciò che nell'antico diritto francese vi era di esagerato a tal riguardo, poichè metteva a carico dell'agente di cambio la responsabilità di tutte le sottoscrizioni (2).

Il miglioramento del nostro art. 29 in confronto dell'art. 50 del Codice precedente consiste nella soppressione della qualificazione CIVILMENTE *responsabile*, che portava lo stesso art. 50 del Codice precedente, e che porta pure la succitata disposizione della legge francese, non che l'art. 68 del Codice di Commercio del Belgio, alla qual soppressione si è addivenuto per le ragioni superiormente indicate (3), e per significare che la responsabilità si deve estendere anche in via penale nei casi congrui, cioè quando a tenor di legge risulti della complicità nel falso, come del resto è anche ammesso sotto l'impero del succitato articolo della legge belga (4).

Per tal guisa rimangono pure eliminati i dubbi sulla competenza commerciale a conoscere delle contestazioni relative ai rimborsi ed al risarcimento dei danni, che taluni sollevavano, argomentando dalla parola *civilmente*, che reputavano opposta alla espressione *responsabile commercialmente* (5).

La responsabilità che incombe al mediatore della verità dell'*ultima* sottoscrizione a termini dell'art. 29 si applica naturalmente anche al caso in cui la carta della quale si tratti abbia una sola firma, ovvero ne abbia due o più contemporanee: « supremus est

(1) Su questi articoli, I, n. 5.

(2) DALLOZ, Rép. V. Bourse de commerce, n. 38 in nota, e n. 365.

(3) Su questi articoli, I, n. 5.

(4) NAMUR, Le Code de Comm. Belge, etc., tom. I, n. 282.

(5) SUPINO, Le operazioni di Borsa, pag. 37 e seg.

quem nemo sequitur », come insegna il Giureconsulto (1); ed il sostenere il contrario, cioè che non siano *ultime* le firme *sole* o *contemporanee*, sarebbe una vana sottigliezza (2).

Per la *verità* poi *dell'ultima sottoscrizione*, della quale il mediatore è dichiarato responsabile rispetto alle carte che passano per le sue mani e che riguardano gli affari da lui trattati, si deve intendere, come insegnano due chiari scrittori (3), che lo stesso mediatore deve accertarsi con tutti i mezzi possibili e prontamente sperimentabili della identità e della capacità della persona che appone la sottoscrizione, che questa l'abbia effettivamente apposta, e che allorquando si tratti di mandatario, questi sia munito di documento rivestito di tutte le forme estrinseche per legge richieste alla sua regolarità. Non si potrebbe invece intendere il detto obbligo del mediatore nel senso di essere egli tenuto ad opera di troppo difficile accertamento, come sarebbe quella di garantire che il mandato sia ancora attualmente sussistente e non sia stato revocato: a queste ed altre simili obbligazioni del mediatore sembra che non possa trarsi la disposizione di legge di cui si tratta; e la parte che ciò volesse, dovrebbe farne oggetto di speciale stipulazione col mediatore medesimo.

4. La responsabilità che nell'art. 29 è espressamente contemplata, non esclude quella che deriva dai principii generali del diritto: ciò era stato dichiarato nel corrispondente articolo (18) del Progetto preliminare del Codice, colle parole, *oltre gli altri casi di responsabilità derivanti dai principii generali del diritto;* e tale dichiarazione venne eliminata, non perchè i mediatori possano sottrarsi agli obblighi comuni a tutti i cittadini e commercianti, ma perchè non vi era bisogno di esprimerlo, poichè le regole generali colpiscono tutti, come risulta dalla surriportata Relazione

(1) L. 92 Dig. De verb. significat.

(2) Dalloz, Rép. V. Bourse de comm. n. 366; Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 910; Namur, Code de Comm. Belge, n. 281; Mollot, Opérat. de Bourse, n. 378.

(3) Vidari, Corso di dir. comm., n. 478; Borsari, Cod. di Comm. annotato, n. 181 e 182.

Ministeriale al Senato (1); e queste regole generali sono sanzionate dagli art. 1151, 1152, 1224 e 1746 del Codice Civile, secondo i quali, qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno, ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza, la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento delle obbligazioni è quella di un buon padre di famiglia, ed il mandatario è responsabile anche per la colpa commessa nella esecuzione del mandato.

È stato giustamente deciso che l'agente di cambio, il quale erroneamente attesti la capacità di un minore autenticando la di lui firma, è responsabile verso il medesimo del danno che egli ha patito per l'alienazione delle rendita, comunque mancasse nel certificato la menzione dell'età minore (2); e questa responsabilità dovrebbe per parità di ragione applicarsi anche a favore del compratore della rendita nel caso in cui, per essersi provato in tempo l'impedimento della minore età, il compratore stesso non avesse potuto conseguirla: è stato pure ritenuto che gli agenti di cambio siano responsabili verso il Banco di Napoli della capacità personale di coloro che sottoscrivono i recapiti, e che incorrano in responsabilità, apponendo il loro *visto* ad un biglietto all'ordine sottoscritto da chi abbia assunto la qualità di rappresentante di una società commerciale da diversi anni disciolta (3); ma si deve avvertire che queste sentenze vennero informate alle disposizioni speciali dell'art. 39 del Regolamento del servizio della cassa di sconto presso il detto Banco di Napoli del 31 marzo 1839, emanato dal potere legislativo dell'ex-regno di Napoli e che ha tuttavia forza di legge, secondo cui l'agente di cambio rimane responsabile e garante di tutte le irregolarità esistenti sì nel testo che nelle gire e negli avalli degli effetti

(1) Su questi articoli, I, n. 5.

(2) Cassaz. Palermo 19 febbraio 1876, De Cintis c. Pitini.

(3) Appello Napoli 7 giugno 1867, Ragazzini c. Banco di Napoli; Cassazione Napoli 18 settembre 1876, Spasiano c. Banco di Napoli.

commerciali; onde le sentenze stesse non si potrebbero applicare ad ogni altro caso e secondo il diritto comune, per il quale la responsabilità rimane limitata ai casi di colpa e di negligenza (1).

5. La responsabilità di cui qui si tratta non si estende ai titoli al portatore, i quali ne escludono per loro natura l'applicazione come ritiene anche la detta Relazione Ministeriale al Senato (2), non potendo pretendersi che il mediatore conosca la verità della firma e la sincerità del titolo più del compratore; salvo sempre le surricordate regole generali sulla responsabilità, le quali si applicano quando la sincerità dei titoli fosse per segni esterni o per altre cause sospetta, quando chi li possedeva fosse incapace a contrattare ed il mediatore abbia trascurato le opportune verificazioni e così il modo di evitare il danno al contraente (3), e sempreché però, come mi sembra giusto di soggiungere, risulti dalle circostanze del caso che il contraente stesso siasi affidato al mediatore, questi ne abbia assunto l'incarico, ed il contraente non abbia trascurato a sua volta le verificazioni che egli pure dovesse fare con la diligenza del buon padre di famiglia; perchè se ciò fosse, il danno del contraente, anzichè derivare dal fatto del mediatore o dalla sua negligenza, sarebbero piuttosto da imputare alla parte: un'applicazione del difetto di responsabilità dell'agente di cambio riguardo alle cartelle della rendita sul debito pubblico falsificate, e nel senso che al compratore non è stata conceduta azione contro l'intermediario sensale in buona fede, fu fatta da due Tribunali di Commercio. In quelle specie si aggiungeva anche la circostanza che non era stata constatata la identità della cartella falsificata con quella per la cui contrattazione i mediatori avevano prestata l'opera loro (4).

(1) Pacifici-Mazzoni, Repertorio generale, V. Agenti di cambio, n. 3 in nota.

(2) Su questi articoli, i, n. 5.

(3) Scrittori e giurisprudenza ivi citati, e Supino, Le operazioni di Borsa, pag. 38 e 39.

(4) Trib. comm. Napoli 6 marzo 1876, De Crescenzo c. Santini e Lanori; — Trib. comm. Torino 23 settembre 1881, Bianchi c. Bongiovanni ed altri (inedita).

Non accade poi di trattare del caso di titoli al portatore smarriti o rubati, relativamente ai quali la quistione era variamente decisa, poichè la disposizione dell'art. 57 di questo Codice elimina ogni possibilità di responsabilità del mediatore, sottraendo il possessore a qualunque pericolo di rivendicazione per cause che non siano a lui imputabili.

6. Il termine utile a sperimentare l'azione di responsabilità di cui si tratta, anche per chi non avesse fatto atto di commercio, è di dieci anni, giusta gli art. 915 e 917 di questo Codice, essendo quest'azione soggetta alla prescrizione ordinaria dei dieci anni, che è portata dal secondo dei citati articoli.

Il termine stesso decorre dal giorno in cui sia stata opposta in giudizio la falsità della firma, perchè per regola generale la prescrizione delle azioni personali, quale è questa, comincia dal momento in cui nasce la relativa azione, cioè dal momento in cui essa si può esperire, e l'azione in garentia contro l'eccezione della falsità della firma e contro le altre eccezioni analoghe superiormente accennate, si può esperire nel giudizio stesso in cui tali eccezioni siano opposte, giusta gli art. 100 e 193 del Codice di Procedura Civile. Il LAURENT insegna appunto che la prescrizione delle azioni personali comincia dal momento in cui queste nascono, e così lo dimostra. È dell'essenza di ogni diritto di poter esser proposto in giudizio: questo è il carattere distintivo della obbligazione giuridica; essa è garantita dalla esecuzione forzata, e la esecuzione forzata non è altro che il ricorso ai Tribunali che condannano il debitore ad adempiere l'obbligazione ed autorizzano il creditore ad eseguire la condanna sui beni del debitore. Di qui il principio che il corso della prescrizione comincia col nascere della obbligazione (1).

7. Già ho accennato come l'azione di responsabilità contro il mediatore possa essere esperita nel giudizio stesso in cui siano opposte la eccezione di falsità della firma, o le altre eccezioni che facciano luogo alla sua responsabilità; ma ciò non è obbligatorio,

(1) Principes de dr. civ. français, tom. XXII, n. 16.

poichè non vi è disposizione di legge che lo dichiari, ed anzi il carattere semplicemente facoltativo è indicato dall'art. 193 del Codice di Procedura Civile, che stabilisce che « chi *vuol* chiamare un terzo in garantia, deve proporre domanda nel termine stabilito per rispondere ».

Convien però pur dire che sarà sempre prudente il farlo, e non aspettare che una sentenza passata in giudicato accolga la eccezione, da cui derivi la responsabilità del mediatore, per sperimentare poi sul fondamento di essa l'azione della stessa responsabilità in giudizio separato; e ciò per non esporsi al pericolo che il mediatore contro il quale si proponga l'azione medesima, possa per avventura provare che vi fossero motivi sufficienti a far respingere la eccezione; nel qual caso secondo ragione e per la disposizione analoga dell'art. 1497 del Codice Civile, il mediatore dovrebbe esser assolto dalla domanda.

8. Si è veduto superiormente la ragione dell'art. 30: venne stimato opportuno di determinare l'estensione del mandato che deriva al mediatore dall'incarico avuto di trattare un'operazione (1), e si è voluto escludere che lo stesso mediatore, come tale, si credesse autorizzato ad uscire dalla cerchia della sua funzione, che consiste nello intromettersi fra altri allo scopo di far loro conchiudere un affare, e si credesse autorizzato a ricevere o fare pagamenti, ed in generale a ricevere o dare adempimento alle obbligazioni dei contraenti; e la disposizione è opportuna, perchè in caso diverso dalla eliminazione dal Codice attuale dell'art. 53 del cessato, in cui si conteneva la proibizione di tali atti, avrebbe potuto argomentarsi che il mediatore come tale potesse e dovesse farli: il che non era conveniente, nè rientrava negli intendimenti del legislatore.

Ma il legislatore medesimo ha pure considerato che anche in questa parte del diritto commerciale gli usi mercantili dovevano essere rispettati, quando fossero stabiliti o si stabilissero in senso diverso; e sebbene la frase *per ciò solo* dell'articolo del Progetto preliminare per avventura bastasse ad assicurare la osservanza degli

(1) Su questi articoli, I, n. 6.

usi mercantili che si stabilissero in senso diverso, si è voluto ciò esprimere per allontanare ogni dubbio (1), e perchè è noto che veramente siffatti usi esistono in varie piazze e per varie specie di commerci. Ond'è che dove l' uso mercantile porta che il mediatore incaricato di una operazione, sia autorizzato come tale a ricevere od a dare adempimento alle obbligazioni dei contraenti loro derivanti dalla operazione medesima, lo stesso mediatore potrà validamente farlo.

9. La Relazione Ministeriale surriportata (2) giustifica dottamente il sistema adottato nell'art. 31 sulla quistione tanto agitata intorno al segreto ed alla responsabitità dei mediatori, di lasciare cioè libero il mediatore di manifestare, ovvero no, il nome dei contraenti, e di renderlo responsabile della esecuzione del contratto qualora conservi il segreto; nel quale ultimo caso è necessità derogare al principio che « Regulariter dicendum est, proxenetam ex negotio, in quo intervenit, non teneri (3) ».

Ai motivi ivi addotti, per cui è giustificata la disposizione dell'art. 31, può pure aggiungersi che si aveva già una disposizione simile nell'art. 3 della Legge 13 settembre 1876 sulla tassa di bollo pei contratti di Borsa, il quale dispone che « Quando un pubblico mediatore non abbia manifestato ad un contraente il nome dell'altro, sarà responsabile verso il contraente medesimo della esecuzione del contratto ».

E non è per avventura inopportuno di avvertire che oramai, ed in presenza della dichiarazione della succitata Relazione Ministeriale al Senato, non potrebbe più ritenersi, come venne fatto da una sentenza a proposito del detto art. 3 della legge del 1876, che non sia conceduto propriamente al mediatore il diritto di tacere ad una parte contraente il nome dell'altra, quando ne venga richiesto, e che la responsabilità della esecuzione del contratto sia quasi una pena di tale silenzio (4): ora invece il mediatore è libero

(1) Su questi articoli, I, n. 6.

(2) Ivi, n. 7.

(3) STRACCA, De proxenetis, pars III. n. 1; L. 2 Dig. De proxen.

(4) App. Roma 19 marzo 1881, Tramontano c. Mazzoni.

veramente di manifestare, o no, il nome delle parti contraenti; e la sua responsabilità è stabilita come conseguenza che per legge discende dalla conservazione del segreto, ma senza carattere di penalità.

L'art. 31 elimina poi quistioni che altre volte pur si facevano intorno al diritto che al mediatore competesse verso il contraente inadempiente, di farsi rimborsare di quanto in adempimento del contratto egli avesse pagato all'altro, e consacra il principio di ragione e di giustizia, che il mediatore, il quale dà esecuzione al contratto, rimane surrogato nei diritti verso l'altro contraente, perchè questi non può privare quegli che abbia adempito alle sue obbligazioni, del rimborso di quanto ha esposto per lui.

Questa disposizione dell'ultima parte dell'art. 31 è scritta in relazione alla prima sua parte, che contempla il caso della responsabilità della esecuzione del contratto, incorsa dal mediatore che non manifesta il nome dei contraenti; ed appunto perchè essa è la consacrazione di un principio di ragione e di giustizia, come ho detto, mi sembra doversi la disposizione stessa per ragione di analogia estendere ad ogni altro caso, in cui il mediatore provveda del proprio alla esecuzione del contratto, sebbene avesse manifestato i nomi dei contraenti, come è anche d'uso in varie piazze di commercio: uso il quale viene ad aggiungere forza all'argomento, tanto più che la eliminazione nel Codice del divieto ai mediatori di rendersi garanti dei contratti seguìti per loro mezzo, elimina l'obbiezione che dianzi si faceva alla obbligatorietà dell'uso, che cioè l'uso medesimo fosse contrario alla legge scritta, come allora poteva dirsi.

Conseguentemente sotto la legge attuale non possono più esercitare autorità le sentenze che sotto il Codice precedente non accordavano al mediatore il diritto di rivalersi contro la parte inadempiente di quanto aveva esposto per dare esecuzione al contratto conchiuso col suo mezzo, sebbene vi fosse pure qualche decisione in senso opposto (1).

(1) Può vedersi a tal riguardo l'articolo dell'avv. Amar « La responsabilità dei pubblici mediatori e la nuova legge sui contratti di Borsa », nell'Archivio Giuridico, vol. xvii, pag. 285; ed anche la sentenza citata nella nota precedente.

10. L'art. 32 suppone il principio che al mediatore è dovuto di regola un compenso per la sua operazione, « proxenetica jure licito petuntur (1) »; e si occupa della eccezione principale alla regola medesima, di non competergli cioè il diritto di mediazione, se l'affare non è stato conchiuso: con la quale eccezione espressa dell'articolo medesimo è stato opportunamente e legislativamente affermato ciò che si trovava riconosciuto dalla consuetudine commerciale e da altre legislazioni (2), ed applicato in giurisprudenza (3), eliminandosi ogni ragione di compenso per intromissioni in affari di commercio in favore dei mediatori quando gli affari stessi non siano stati portati a conclusione, e si è pur voluto escludere l'occasione alle molte contestazioni a cui dà luogo l'opposto sistema, che accorda al mediatore un compenso proporzionato al suo lavoro, specialmente quando l'affare non sia stato conchiuso per fatto o colpa delle parti o di taluna di esse (4). E ben giustamente si è così adoperato, perchè nel diverso sistema si confonde la mediazione con la locazione d'opera ed il mandato propriamente detto, mentre si è veduto come debba andarne distinta (n. 1); perchè al riguardo di equità che ispira il sistema medesimo, sembra dover prevalere la considerazione di pubblico interesse di non dar facili occasioni a litigi, che in caso diverso sarebbero troppo frequenti nella rapida vicenda delle transazioni commerciali, e perchè inoltre contro l'apparente ragion di equità anzidetta, sta la considerazione che il mediatore di affari commerciali, prestando la sua opera a negoziazioni di loro natura variabili, si espone più che altri alla eventualità delle trattative senza conclusione, la quale però ha pure il compenso della rapidità del conchiudere gli affari medesimi e della moltiplicità loro.

In conseguenza sarebbe opera inutile richiamare qui le discussioni che si sono fatte e la giurisprudenza invalsa con riferimento

(1) L. I Dig. De proxeneticis.

(2) Su questi articoli, I, n. 11.

(3) Cassaz. Torino 20 maggio 1875, Brusa c. Ardizzone, e 15 febbraio 1877, Guastalla c. Coquel.

(4) Su questi articoli, I, n. 8.

al sistema ripudiato dal legislatore commerciale: conviene anzi ritenere che in ciò il nostro Codice ed il diritto commerciale moderno si discostano dai principii che prevalevano nel diritto antico, i cui insegnamenti nella materia più non potrebbero seguirsi senza cadere in errore (1).

L'art. 32 facendo dipendere il diritto del mediatore al compenso dalla circostanza che l'affare sia stato *conchiuso*, convien ricercare quando ciò possa ritenersi.

L'affare è conchiuso quando si verificano gli estremi dell'articolo 1098 del Codice Civile, corrispondenti all'antica classica definizione del contratto « duorum vel plurium in idem placitum consensus (2) », cioè allorchè interviene l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico; quando il contratto abbia i requisiti essenziali per la sua validità, e cioè si verifichino gli estremi della capacità di contrattare, del consenso valido dei contraenti, dell'oggetto determinato che possa essere materia di convenzione, o di una causa lecita per obbligarsi (art. 1104 Codice Civile), e quando sia rivestito della forma che dalla legge sia prescritta a pena di nullità. Difatti affinchè un contratto possa dirsi conchiuso, e cioè definitivamente obbligatorio per tutti i contraenti, occorre non solamente il loro accordo nel contrarre il relativo vincolo giuridico, ed il concorso dei requisiti sostanziali alla sua validità, ma ancora che non faccia difetto la forma nei casi in cui essa sia imperiosamente richiesta dalla legge, e cioè sia richiesta *ad substantiam* e non *ad probationem tantum*: così per esempio un contratto di società commerciale, che per il disposto dell'art. 87 di questo Codice deve essere fatto per iscritto, non potrebbe reputarsi conchiuso, laddove il relativo scritto non fosse stato firmato, perchè simile contratto non sarebbe obbligatorio per quello dei contraenti che volesse sfuggire alla sua osser-

(1) Azuni, Diz. della giur. mercant., V. Sensale, § VII ed VIII e le decisioni ed autorità ivi citate, fra cui Stracca, De proxenetis, pars ultima, n. 10 e seguenti.

(2) L. 1, § 2, Dig. De pactis.

vanza; così come sotto il precedente Codice, che per la esistenza delle società in accomandita per azioni richiedeva l'autorizzazione con decreto reale, venne giudicato non competere mercede al mediatore per la sua intromessione in un simile contratto, per il quale non si era ottenuta l'autorizzazione anzidetta (1).

Venne pure in tal senso giudicato che il mediatore non ha diritto a compenso se in un contratto di compravendita di stabili furono bensì concordate fra le parti e redatte in iscrittura da esse firmata, le basi sostanziali del contratto medesimo, ma essendo pure stato fatto il patto della sua riduzione in atto pubblico, questo non sia stato poi stipulato; e ciò perchè lo stesso atto pubblico doveva stipularsi non solo per la prova, ma per la sussistenza del contratto (2). E venne pure giudicato a buon diritto che al mediatore non compete mercede quando non abbia potuto stabilire l'accordo delle parti in una condizione essenziale, come quella del modo di pagamento del prezzo di una vendita (3).

Altro caso in cui il diritto di mediazione non sarebbe dovuto è quello in cui il mediatore avesse adoperato con dolo od inganno nella negoziazione, perchè egli sarebbe esposto al risarcimento dei danni cagionati dalla di lui colpa (art. 1151 del Codice Civile), e perchè « cum de dolo malo damnandus sit, absurdum videtur, ejusdam negotii nomine quicquam consequi, et aequum non est ob facinus suum lucrifacere: indignus est namque beneficio, qui in legem committit (4) ».

Nel caso in cui un mediatore avesse fatta ad amendue le parti la proposta dell'affare stato poi conchiuso, ma la conclusione non avesse avuto luogo per opera sua, può dubitarsi se egli abbia diritto, ovvero nò, al compenso. La Corte d'appello di Torino ha risolto il dubbio negativamente, ritenendo che a costituire propriamente la mediazione siano pure indispensabili quelle ulteriori trattative

(1) App. Genova 2 dic. 1878, Negri c. Peirano e Valle.
(2) App. Torino 18 gennaio 1870, Torello c. Benintendi.
(3) Cassaz. Torino 20 maggio 1875, Brusa c. Ardizzone.
(4) STRACCA, De proxenetis, pars ultima, n. 1.

che conducono alla conclusione del contratto (1): invece la Corte d'Appello di Genova ha deciso che il mediatore il quale abbia in tale qualità proposto e trattato un contratto, ha diritto al prosenetico, non ostante che il contratto stesso siasi poi conchiuso tra le parti senza il suo intervento (2); ed a me sembra da seguirsi piuttosto questa che quella sentenza, perchè la intromissione fra altri allo scopo di far loro conchiudere un affare si verifica col solo fatto della proposta dell'affare stesso fatta a ciascuna delle parti, perchè il far incontrare l'offerta colla domanda è parte principalissima dell'ufficio di mediatore, e questa parte di tale ufficio sarebbe compiuta con la proposta appunto fatta a chi offre ed a chi domanda e con l'avere fatto conoscere l'uno all'altro, e perchè tale risoluzione del dubbio, raccomandata dalla più manifesta ragione di equità, non è certo contraria alla legge, la quale nell'art. 32 pone per condizione al diritto del mediatore al compenso, che l'affare sia stato conchiuso, ma non già che lo sia stato per trattative che il mediatore stesso abbia condotto fino al termine.

Può accadere, ed il caso si è presentato, che la conclusioae del contratto non abbia luogo per fraudolenti raggiri di una delle parti: in tal caso il prosenetico non è certamente dovuto, appunto perchè il contratto non è stato conchiuso; e soltanto sarà dovuta una indennità contro gli autori dei raggiri fraudolenti, in applicazione dell'art. 1151 del Codice Civile (3).

Non bisogna poi confondere la *conclusione* del contratto con la sua *esecuzione*. Come ben disse la Corte d'Appello di Genova, dopo di aver posto come principio comunemente ammesso, quella che ora è la disposizione del nostro art. 32, e cioè che la mediazione è dovuta al sensale per l'opera da lui prestata per la conclusione del contratto, il mediatore è un agente intermediario estraneo alla esecuzione dello stesso contratto, ed una tale esecuzione riflette le parti contraenti, ma non il sensale, il quale ne ha conciliato gl'interessi ed avvicinato i consensi; e questa di-

(1) App. Torino 22 dicembre 1879, De Filippi c. Novarese.

(2) App. Genova 16 nov. 1877, Morando e Patrone c. ditta Isaia Tedeschi e C.

(3) App. Genova 24 marzo 1879, De Linçay c. Bozzo.

stinzione fu dalla Corte applicata in una specie nella quale, essendosi da una ditta prestata l'opera sua di mediazione per il contratto di noleggio di un bastimento, era sopravvenuto un sinistro ad impedirne l'esecuzione. Essa ritenne che il contratto di noleggio è di sua natura un contratto di locazione e conduzione di navi, il quale è perfetto al momento in cui le parti contraenti si sono accordate nei modi legali sugli estremi dello stesso contratto mediante il reciproco consenso; che quindi qualunque fosse il successivo evento fortuito o sinistro del bastimento, che avesse impedito l'esecuzione del contratto, esso non potesse aversi come non avvenuto e nullo nella sua origine, ma soltanto prosciogliesse i contraenti dall'obbligo della esecuzione di esso, senza che il posteriore caso fortuito o la forza maggiore potesse influire sul diritto del sensale alla sua mediazione, imperocchè questo diritto fosse aquisito al momento della conclusa contrattazione, indipendentemente dal successivo sinistro del bastimento, che era stato noleggiato per l'opera prestata dallo stesso sensale; e la detta Corte ritenne pure che se il contratto conchiuso per opera del mediatore non aveva potuto produrre i suoi giuridici effetti tra le parti contraenti, per il sopravvenuto sinistro del bastimento noleggiato, non per questo poteva legalmente sostenersi che quel contratto non sia esistito (1).

E quello che la citata e ben motivata sentenza disse della esecuzione del contratto, venuta a mancare per caso fortuito o per forza maggiore, deve pur dirsi per parità di ragione della esecuzione che venga per avventura a mancare per difetto delle parti o per altra causa, purchè non dipendente da difetto di perfezione del contratto, sia per l'intrinseco, sia per la sua forma estrinseca, che sia dalla legge imperativamente prescritta; e così pure per il caso in cui il contratto, dopo di esser stato conchiuso, venga a risolversi per il recesso che voglia farne una delle parti, ed a cui l'altra parte consenta (2).

(1) App. di Genova 21 giugno 1875, W. Clarkson c. Ferrando.

(2) Cassaz. Torino 20 maggio 1875, Brusa c. Ardizzone; App. Genova 20 aprile 1860, Lagorio c. Aligeri, e 24 marzo 1879, De Linçay c. Pozzo.

11. Di regola il diritto di mediazione è dovuto da amendue le parti, perchè a favore di amendue le parti appunto il mediatore presta la sua opera d'intromessione fra di esse, e non mi sembra da seguire la distinzione che taluno insegna, che cioè debba corrispondersi da quella parte soltanto che abbia richiesto il mediatore della stessa sua opera, in quanto che se l'altra parte non l'abbia chiesta, ne ha però accettato l'offerta e ne ha approffittato mediante la conclusione dell'affare.

Si deve fare naturalmente eccezione quando siasi convenuto diversamente, il che nel linguaggio breviloquo del commercio si significa con la parola *franco;* e si deve pur fare eccezione allorchè l'uso mercantile sia stabilito in senso diverso.

12. Può accadere che più mediatori concorrano a pretendere la mediazione di un affare; e mi sembra da seguire l'insegnamento dell'Azuni nel particolare del contratto di vendita, estendendolo ad ogni fatta di contratti, che cioè « si dee preferire colui che abbia prevenuto gli altri, e sia stato il primo a proporre la vendita, sia in premio della sua vigilanza e sollecitudine, che per non dar luogo ai sensali di turbarsi scambievolmente nel loro esercizio, e rapirsi i loro rispettivi lucri (1).

13. Quanto alla misura del compenso dovuto al mediatore che abbia fatto conchiudere l'affare, essa non comporta più la distinzione che altre volte facevasi tra mediatore pubblico legittimamente autorizzato, e mediatore non avente questa qualità, nel senso che soltanto il primo avesse diritto al corrispettivo consuetudinario commerciale, e l'altro non potesse pretendere che ad un equo compenso della sua opera, adeguata all'opera stessa, alle spese sostenute, ai disagi sofferti, ed all'importanza del contratto (2); e più non comporta la detta distinzione, perchè la legge oramai

(1) Diz. di giur. mercant., V. Sensale, § IX; Rota Florentina, in Florentin. proxenetic. decis. 22 aprilis 1732, Savelli, nella pratica, § Sensali, n. 10.

(2) App. Torino 31 gennaio 1871, Soresi c. Gramont; App. Genova 1° luglio 1874, Lombardi c. Banca di Genova; Cassaz. Torino 5 novembre 1875. Ara c. Randaccio.

riconosce tanto il mediatore pubblico quanto il privato, provvedendo essa a disciplinare la materia concernente i mediatori in genere, senza alcuna distinzione o differenza tra mediatore pubblico e privato.

La misura poi del corrispettivo della mediazione deve innanzi tutto stabilirsi secondo l'uso mercantile (art. 1 del presente Codice); ed in difetto di uso mercantile, credo ancora applicabile, perchè conforme a ragione ed ai principii, quello che una delle nostre Corti di Cassazione insegnava in una sua sentenza pronunziata sotto la legislazione precedente (con qualche riserva però sull'elemento del maggiore o minor lavoro prestato dal mediatore, al quale mi sembra doversi dare maggiore importanza), e cioè che la mercede del mediatore non si può giustamente, e non si deve di regola, commisurare in ragione del maggiore o minore lavoro materiale da lui prestato, ma in base a ben altri criteri desunti dall'entità dell'oggetto e simili, ritenuto sovratutto che tale mercede va di sua natura soggetta alla eventualità della riuscita dell'affare, e che chi esercita la professione di mediatore perde sovventi il frutto della sua opera e delle sue fatiche per non essersi conchiuso l'affare trattato (1).

Giova pure richiamare in questo particolare ciò che ne scrisse lo STRACCA sulle traccie della L. ultima Dig. De Proxeneticis: « Circa secundam rubricae partem, de modo proxenitici, Jurisconsultus uno (ut ajunt) verbo eleganter absolvit. Inquit enim, in proxenetico modus esse debet et quantitatis et negotii, in quo operula proxeneta defunctus est, et ministerium accommodaverit. Ita ergo in salariis proxenetarum versari judex debet, ut pro modo negotii et quantitatis, proque operula seu labore adhibito ac ministerio et loci consuetudine, aestimationem adhibeat » (2).

E l'AZUNI dopo d'aver scritto che: « Se l'interposizione del sensale in qualche negoziato non è espressamente gratuita, gli sarà dovuta la mercede o convenuta, o regolata dalla legge, o dal-

(1) Cassaz. Torino 15 febbraio 1877, Guastalla c. Coquel.
(2) De proxenitis, Secunda particula ultimae partis, n. 1.

l'uso, o dall' arbitrio del giudice », soggiunge che « essendo il di lui ufficio onesto e lecito, deve essere ricompensato delle sue fatiche adoperate in altrui vantaggio, proporzionatamente alla qualità dell'affare trattato, a quello delle persone, al tempo della durata dell'interposizione e simili » (1).

14. È poi beninteso che la condizione della conclusione del contratto, che è essenziale per attribuire al mediatore il compenso della mediazione, non è necessaria in tema di mandato, come risulta dal concetto del mandato commerciale che fornisce l'art. 349 del Codice, secondo cui il mandato commerciale ha per oggetto *la trattazione di affari commerciali* per conto ed in nome del mandante, e non già la *conclusione* degli affari medesimi; e faccio quest'avvertenza, perchè in pratica accade, che l'un contratto si cerchi di scambiare con l'altro, e così chi pretenda il compenso anche per affare non conchiuso, si atteggi a mandatario anzichè a mediatore, e chi diniega il compenso per affare non portato a conclusione, sostenga trattarsi di mediazione e non di mandato. Per decidere la relativa controversia converrà badare alle circostanze particolari del caso ed alla domanda dell'attore: allorquando si chiederà l'indennizzo di opera prestata, ed il rimborso di spese incontrate, si avranno i caratteri del mandato, anzichè quelli della mediazione, perchè sono elementi quanto opportuni per determinare il compenso al mandatario, altrettanto inutili a misurare la retribuzione del mediatore (2).

15. Come si è veduto superiormente (3), l'obbligo della tenuta dei libri indicati nell'art. 33, si è voluto stabilire per tutti indistintamente coloro che esercitano la professione di mediatore, e si è del pari voluto pareggiare il mediatore ad ogni altro commerciante quanto agli obblighi di tenere il libro-giornale (il quale però è diverso da quello degli altri commercianti, come dirò or ora), di conservare le lettere ed i telegrammi che riceve e di

(1) Dizion. di giur. mercant., V. Sensale, § V.

(2) Cassaz. Torino 21 febbraio 1879, Società italiana dei lavori pubblici c. Nomis di Pollone.

(3) Su questi articoli, 1, n. 9.

copiare sopra un libro le lettere ed i telegrammi che spedisce, a termini dell'art. 21, di tenerli regolarmente giusta l'art. 25, e di conservarli per dieci anni, a tenore dell'art. 26; ed inoltre si è voluto che il mediatore tenga pure il libretto di cui nel n. 1° dell'art. 33, di cui la pratica ha fatto sentire la necessità, nella vicenda, soventi rapida, con cui il mediatore combina le negoziazioni commerciali.

Il *giornale* di cui nel n. 2° dell'art. 33 è diverso da quello degli altri commercianti, come risulta dal confronto di questa disposizione con la prima parte dell'art. 21, ed è portato dalla natura stessa delle cose, perchè il mediatore deve registrare gli affari altrui nei quali presta il suo ministero, ed il commerciante deve registrare invece le negoziazioni proprie.

L'uso e l'obbligo di siffatto libro è antico: scrisse lo STRACCA fin dai suoi tempi, come venne rammentato anche superiormente, che: « solent et debent proxenetae librum conficere, in quo conventiones scribant, idque lege municipali in patria mea (Ancona) cavetur, certaque forma librum conscribendum mandatur »; e dettando le norme con cui dovesse tenersi un tale libro dei mediatori, l'antico maestro continua con ammonimenti che non hanno cessato di essere utili: « illud precipuum est de more librum factum atque conscriptum oportere, in quo non defunctorie proxenetae conventiones scribant, hoc est neglecte et oscitanter, nec quidem defunctorie aut obscure. Clare igitur et aperte conventiones scribant et bona fide: voluntates etiam contrahentium ex fide requirant et interpretentur, et actus sui rationem diligenter conficiant, et in summa probe se agant circa omne officium suum, et temperent se ab his quae sunt prohibita » (1).

Ed è a queste condizioni che anche attualmente deve corrispondere un libro di mediatore per essere degno della deferenza che l'autorità giudiziaria può avervi, secondo la facoltà che il legislatore le concede nell'art. 34.

Il mediatore poi può tenere un libro in meno degli altri com-

(1) De proxenitis, II pars, n. 7.

mercianti, non è obbligato cioè a tenere quello degli inventari, perchè la disposizione dell'art. 22 non è richiamata nell'art. 33; e ragionevolmente non è richiamata, poichè, salvo il caso eccezionale della responsabilità dell'esecuzione del contratto, a termini dell'art. 31, e della sua surrogazione nei diritti del contraente a cui favore presta l'esecuzione medesima, il mediatore come tale non può avere debiti nè subire perdite, e la legge badando a ciò che d'ordinario accade, non doveva imporre al mediatore l'obbligo di formare l'inventario annuale e di tenere il relativo libro.

16. Il penultimo capoverso dell'art. 33 impone al mediatore l'obbligo di dare alle parti, nel momento della conclusione del contratto, una copia delle annotazioni fatte nel suo libretto, e cioè in quello indicato nel n. 1° dell'articolo medesimo, destinato a raccogliere l'indicazione fatta nel momento stesso della conclusione dell'operazione e sommariamente, dell'oggetto e delle condizioni essenziali dell'operazione medesima, come gl'impone pure l'obbligo di dare alle stesse parti copia del contratto perfettamente conforme alla fatta registrazione, sottoscritta da lui ed anche dalle parti, se queste vi consentano: a tali obblighi del mediatore di dare simili copie corrisponde il diritto dei contraenti di averla; ma naturalmente essi possono rinunciare al diritto medesimo, e s'intenderà avervi dessi rinunciato allorquando non ne facciano domanda, il che del resto nella pratica accadrà d'ordinario sotto l'attuale Codice, come accadeva sotto il Codice precedente.

La seconda copia di cui parla lo stesso capoverso dell'art. 33, cioè quella del contratto, sottoscritta dal mediatore, perfettamente conforme alla fatta registrazione, e da sottoscriversi dalle parti, se queste vi consentano, corrisponde in sostanza al documento del contratto di Borsa, di cui nella Legge 13 settembre 1876, n. 3326, serie 2ª, e fu spiegato in uno dei verbali della Commissione di coordinamento del Codice, che colla disposizione finale del penultimo capoverso medesimo dell'art. 33 si è voluto stabilire l'osservanza di detta legge speciale, della quale venne fatta espressa menzione (1): per modo che per la detta copia dei contratti appunto

(1) Su questi articoli, 1, n. 13.

di Borsa, i mediatori dovranno servirsi dei foglietti bollati di cui nella legge medesima e nel relativo regolamento della stessa data, per non cadère in contravvenzione ad essa, salvo, ben inteso, che il contratto sui detti foglietti sia già stato formato, nel qual caso per la stessa copia anzidetta dovrà adoperarsi la carta bollata ordinaria da lire una, giusta l'art. 19, n. 12, della Legge sul bollo 13 settembre 1874, n. 2077, serie 2ª.

17. La prima parte dell'art. 34, con cui è fatta facoltà all'autorità giudiziaria di ordinare ai mediatori di presentare i loro libri, al fine di collazionare le copie da essi rimesse alle parti colle note e colle scritturazioni originali, oltre ad essere l'applicazione alla special materia dei contratti conchiusi a mezzo di mediatori, del principio consacrato dall'art. 28, che cioè nel corso di una controversia il giudice può ordinare ad istanza di una delle parti o d'ufficio, l'esibizione dei libri per estrarne ciò che riguarda la controversia; trae la sua ragione di essere anche da che si ritiene essendo tali libri formati in occasione delle negoziazioni delle parti, ed a riguardo loro, le parti medesime abbiano su di essi libri una specie di diritto.

La stessa disposizione è conforme agl' insegnamenti dei nostri maggiori ed agli antichi usi, moderati però in ciò che la facoltà di ordinare la esibizione dei libri dei mediatori è accordata alla autorità giudiziaria, invece che alle parti. « Cogendi sunt proxenetae (scriveva lo STRACCA) libros quos officii ratione confecerint, partibus edere, et in quibus conventiones scribunt. Aequum enim est, ut id quod mei causa confecit proxeneta, meum quodammodo instrumentum mihi edi, officium enim proxenetae quasi publicam habet causam. .... Et ex consuetudine, quae in patria mea viget, et fere ubique, libros habent proxenetae, et conventionum vel expressae vel tacitae, ratione consuetudinis, partibus mandantibus libros conficiunt: unde conventiones ad contrahentes pertinere videntur, quasi tractaverint seu scripserint ipsis mandantibus » (1).

Giova anche notare che laddove la negoziazione sia stata fatta

(1) De proxenitis, pars 3, n. 43.

da più mediatori, tutti sono obbligati alla presentazione dei loro libri (1).

Può dubitarsi se la facoltà accordata all'autorità giudiziaria dall'art. 34 sia più limitata di quella dell'art. 28, perchè mentre a termini di questo il giudice può ordinare, sempre che lo creda opportuno a schiarimento della controversia, l'esibizione dei libri, nell'art. 34 sembra circoscritta la facoltà stessa allo scopo di collazionare le copie ai mediatori rimesse alle parti con le note e le scritturazioni originali; ma mi sembra che il dubbio stesso debba essere risolto nel senso di concedersi la maggiore larghezza all'autorità giudiziaria.

Consigliano questa maggiore larghezza le ragioni testè accennate della disposizione dell'art. 34, nonchè l'altra disposizione dell'art. 52, la quale, dichiarando spettare al giudice la facoltà di attribuire ai libri dei mediatori, riguardanti la conchiusione e le condizioni dei contratti, quella forza probante che secondo le circostanze possono meritare, suppone di necessità il potere nel giudice di ordinare la presentazione di codesti libri, senza di che egli non potrebbe esercitare la facoltà concedutagli, perchè non li potrebbe tampoco esaminare.

Ed inoltre deve ritenersi che l'art. 34, anche per la collocazione sua, non ha avuto altro scopo che quello di affermare la facoltà di controllo della esattezza delle copie che il mediatore a termini del precedente art. 33 dà alle parti delle annotazioni fatte nel suo libretto e del contratto; onde tanto meno gli si può attribuire l'effetto di restringere la larghezza di facoltà di cui il giudice ha bisogno in relazione all'art. 52.

Del resto la parte alla quale interessi la presentazione dei libri del mediatore, potrà sempre ottenerla, anche secondo la lettera rigorosa dell'art. 34, facendosi rilasciare e producendo in giudizio le copie anzidette.

Quanto poi all'attuazione dell'ordine della esibizione dei libri del mediatore, credo doversi applicare quanto fu detto per quella dei libri dei commercianti in generale (2).

(1) Stracca, De proxenitis, pars 3, n. 44.

(2) Sugli articoli 21 a 28, i, n. 9, e ii, n. 13 e 14.

18. La seconda parte dell'art. 34, con cui è fatta facoltà all'autorità giudiziaria di chiedere ai mediatori gli schiarimenti opportuni, ritrae dalla fede di cui il legislatore li reputa degni, salvo l'apprezzamento della stessa autorità gindiziaria, secondo le particolari circostanze del caso e delle persone; e ciò perchè si presume che quegli che è stato accettato come intermediario delle parti, sia meritevole della comune loro fiducia, e sia imparziale nelle loro divergenze.

In quest'ordine d'idee la ROTA GENOVESE riteneva che « sensariis est fides praestanda in pertinentibus ad eorum officium » (1), ed insegnò il CASAREGIS che sebbene *de jure* il mediatore faccia l'ufficio soltanto di testimonio unico, pur tuttavia « quando adminiculis vel conjecturis circumdatus est, plenum probationes gradum constituit, praecipue omni ambiguitate remota in causis inter mercatoribus vertentibus » (2).

19. Nel caso in cui i mediatori non si prestassero agli ordini dell'autorità giudiziaria di presentare i loro libri o di dare schiarimenti opportuni, giusta l'obbligo che loro ne incombe in correlazione alla relativa facoltà che all'autorità giudiziaria è conceduta, la Camera di Commercio di Bologna nelle osservazioni sue al Progetto del Codice aveva deplorato che non fosse stabilita la conseguenza giuridica del rifiuto, avvertendo come le multe ed anche la destituzione non giovino a quegli che in un giudizio abbisognasse dell'esibizione dei libri, ed aveva invocato un efficace provvedimento a favore di chi abbia d'uopo di far esaminare giudizialmente i libri di un mediatore. (3); ma per ciò ottenere non occorre di uscire dal diritto comune, che protegge abbastanza quegli che si trovi nel bisogno di far seguire siffatto esame, ed in condizione tale che l'autorità giudiziaria creda di valersi della facoltà che le accorda l'art. 34, imperciocchè il diritto comune offre mezzi e sanzioni sufficienti, come ho detto relativa-

(1) Decis. 110, n. 6.

(2) Disc. 140, n. 4, 5 e 6.

(3) Osservazioni e Pareri della Magistratura ecc. pag. 51.

mente alla comunicazione ed alla esibizione dei libri commerciali, governate negli art. 27 e 28, le cui regole sono pure applicabili alla materia attuale (1).

TITOLO VI.

DELLE OBBLIGAZIONI COMMERCIALI IN GENERALE.

36. Il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purchè ne dia immediatamente avviso all'accettante.

Qualora poi il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione.

Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono rivocabili; ma sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia se essa giunga a notizia dell'altra parte dopochè questa ne ha impresa l'esecuzione, il rivocante è tenuto al risarcimento dei danni.

Nei contratti unilaterali le promesse sono obbliga-

(1) Sugli art. 21 a 28, II, n. 16.

torie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte.

37. Un'accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto della proposta accompagnato da nuova proposta.

38. Ogniqualvolta si deve determinare il giusto prezzo o il prezzo corrente delle derrate, delle merci, dei trasporti, dei noli delle navi, dei premii di assicurazione, dei corsi dei cambii, degli effetti pubblici e dei titoli industriali, esso è desunto dalle liste di borsa o dalle mercuriali del luogo di esecuzione del contratto, o, in mancanza, da quelle del luogo più vicino e da ogni altra fonte di prova.

39. Se la moneta indicata in un contratto non ha corso legale o commerciale nel Regno e se il corso non fu espresso, il pagamento può essere fatto colla moneta del paese, secondo il corso del cambio a vista nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento, e, qualora ivi non sia un corso di cambio, secondo il corso della piazza più vicina, salvo se il contratto porti la clausola « effettivo » od altra equivalente.

40. Nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contraria.

La stessa presunzione ha luogo per il fedeiussore, anche non commerciante, che garantisce un'obbligazione commerciale.

Essa non si estende ai non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio.

41. I debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto.

42. Nelle obbligazioni commerciali il giudice non può accordare la dilazione permessa dall'art. 1165 del Codice Civile.

43. Nel caso di cessione di un diritto derivante da atto commerciale non ha luogo il retratto litigioso indicato negli art. 1546, 1547 e 1548 del Codice Civile.

44. Le obbligazioni commerciali e le liberazioni si provano:

con atti pubblici;

con scritture private;

colle note dei mediatori sottoscritte dalle parti nella forma stabilita nell'articolo 33;

con fatture accettate;

colla corrispondenza;

con telegrammi;

coi libri delle parti contraenti;

con testimoni, e, sempreché l'autorità giudiziaria lo consenta, anche nei casi preveduti nell'art. 1341 del Codice Civile;

con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili.

Per le compre e le vendite dei beni immobili rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile.

45. Il telegramma fa prova come scrittura privata, quando l'originale contenga la sottoscrizione della persona in esso indicata come mittente, o quando sia provato che l'originale fu consegnato o fatto conse-

gnare all'ufficio telegrafico della persona suddetta, ancorchè questa non l'abbia sottoscritto.

Se la sottoscrizione dell'originale è autenticata da notaro, si applicano i principii generali. Se la identità della persona che ha sottoscritto o consegnato l'originale fu accertata con altri modi stabiliti nei regolamenti telegrafici, è ammessa la prova contraria.

La data dei telegrammi stabilisce, sino a prova contraria, il giorno e l'ora in cui sono stati effettivamente spediti o ricevuti negli uffici telegrafici.

46. In caso di errori, di alterazioni o di ritardi nella trasmissione dei telegrammi, si applicano i principii generali intorno alla colpa; ma il mittente di un telegramma, se abbia curato di farlo collazionare o raccomandare secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, si presume esente da colpa.

47. Nelle materie commerciali il mandato e qualunque dichiarazione di consenso anche giudiziale, trasmessi per telegramma con sottoscrizione autenticata da notaro secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, sono validi e fanno prova in giudizio.

48. I libri di commercio tenuti regolarmente possono far prova in giudizio tra commercianti in materia di commercio.

Le annotazioni scritte sui libri di un commerciante dal commesso che tiene la scrittura od è incaricato della contabilità hanno effetto come se fossero scritte dal principale.

49. I libri che i commercianti sono obbligati a tenere, e per i quali non furono osservate le formalità

stabilite, non possono far prova in giudizio a profitto di quelli che li hanno tenuti, salvo ciò che è disposto nel libro terzo di questo Codice.

50. Tutti i libri dei commercianti, in qualunque modo tenuti, fanno prova contro di essi; ma quegli che vuol trarne vantaggio non può scinderne il contenuto.

51. Se la parte, ai libri della quale l'altra offre di prestar fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire a questa il giuramento sull'oggetto controverso.

52. Spetta al giudice attribuire ai libri ed alle attestazioni dei mediatori riguardanti la conchiusione e le condizioni dei contratti quella forza provante che secondo le circostanze possono meritare.

53. Quando il presente Codice richiede la prova per iscritto, non può ammettersi la prova per testimoni, fuorchè nei casi in cui è permessa secondo il Codice Civile.

54. Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge.

55. La data degli atti e dei contratti commerciali deve esprimere il luogo, il giorno, il mese e l'anno.

Essa può essere accertata, rispetto ai terzi, con tutti i mezzi di prova indicati nell'art. 44.

La data delle cambiali e degli altri titoli all'ordine e quella delle lore girate si ha per vera sino a prova contraria.

56. Il possessore di un titolo al portatore reso logoro o guasto, ma tuttora riconoscibile per contrassegni certi, ha diritto di chiedere all'emittente un titolo duplicato o un titolo equivalente.

Il possessore di un titolo al portatore, che ne provi la distruzione, ha diritto di chiedere in contraddittorio dell'emittente un duplicato del titolo distrutto o un titolo equivalente. L'autorità giudiziaria, se ne ordina la consegna, deve stabilire le cautele che reputa opportune.

Le spese sono a carico del richiedente.

Rispetto ai titoli del debito pubblico, ai biglietti di banca e ad altri titoli equivalenti, si osservano le leggi speciali.

57. La rivendicazione dei titoli al portatore smarriti ò rubati è ammessa soltanto contro colui che li ha trovati o rubati e contro coloro che li hanno ricevuti per qualunque titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso.

58. La forma e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano o per la loro esecuzione, e gli effetti degli atti stessi, sono regolati rispettivamente dalle leggi o dagli usi del luogo dove si emettono le obbligazioni e dove si fanno o si eseguiscono gli atti suddetti, salva in ogni caso l'eccezione stabilita nell'art. 9 delle disposizioni preliminari del Codice Civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale.

I.

LAVORI LEGISLATIVI.

Sommario.

1. Importanza del governare con opportune regole il contratto fra persone lontane.

2. Due opposti sistemi: perfezione del contratto, o nel momento in cui l'accettazione è spedita al proponente e nel luogo nel quale è spedita, ovvero nel momento in cui l'accettazione pervenga a notizia del proponente, e nel luogo nel quale è pervenuta.

3. Adozione di quest'ultimo sistema da parte della Commissione del 1869, modificando diversa deliberazione precedente.

4. Discussione in seno alla stessa Commissione sulla regola che nei contratti fra presenti il proponente non fosse vincolato in difetto di pronta accettazione; e ragione della deliberazione negativa.

5. Ragione della disposizione dell'art. 37.

6. Osservazioni e censure fatte all'articolo corrispondente al 36, quale era stato formulato nel Progetto preliminare: venne tenuto conto di quelle che erano fondate.

7. Argomenti che confermano la convenienza del sistema adottato.

8. Alla relativa regola devono apportarsi alcune eccezioni, le quali vennero suggerite dalle censure che erano state fatte al sistema.

9. La prima censura ha consigliato le eccezioni stabilite nel primo capoverso dell'art. 36, che riguardano i casi in cui il proponente rinunci espressamente o tacitamente ad avere la notizia dell'accettazione: quando si verifichi la rinunzia tacita, e quando l'espressa.

10. La seconda censura consigliò la revocabilità tanto della proposta, quanto dell'accettazione, sino alla perfezione del contratto, e l'obbligo del risarcimento del danno a carico del revocante, se la revoca giunga dopo intrapresa in buona fede l'esecuzione del contratto.

11. L'ultima censura ha suggerita la disposizione di cui nella prima parte dell'art. 36, intorno al termine entro cui l'accettazione deve pervenire a cognizione del proponente: ragioni di queste disposizioni; e risposte ad obbiezioni.

12. Quistione di responsabilità che può sorgere quando l'accettazione non sia giunta in tempo: sarà dovuto risarcimento di danni, secondo che vi sarà, o no, colpa.

13. Ragione per cui si è accordata al proponente la facoltà di ritenere effi-

cace anche l'accettazione giunta in ritardo, a condizione d'immediato avviso all'accettante.

14. Carattere del sistema adottato dal Codice sul modo di governare il contratto fra assenti, intermedio a quello di altri Codici.

15. Ragione generale delle disposizioni degli articoli 38 e seguenti, derogative delle regole generali del diritto civile.

16. Ragione speciale dell'art. 38.

17. Ragione speciale pure dell'art. 39; e dell'obbligo di pagare nella moneta indicata nel contratto, se così siasi convenuto.

18. Ragione speciale ancora dell'art. 40: regola della presunzione di solidarietà nelle obbligazioni commerciali, ed eccezione.

19. Ragioni speciali anche degli art. 41, 42 e 43.

20. I mezzi di prova enumerati nell'art. 44, ad eccezione dei *libri di commercio*, delle *note dei mediatori*, dei *telegrammi* e dei *testimoni*, sono regolati dai principi del diritto civile.

21. Processo storico della forza probante accordata ai libri di commercio, contro il principio che nessuno può creare un titolo a se stesso: sua ragione.

22. Triplice aspetto sotto cui può considerarsi la stessa forza probante dei libri di commercio.

23. Ragione per cui anche fra commercianti ed in materia commerciale l'articolo 48 lascia facoltà al giudice di ammettere, o no, i libri a servire di prova in giudizio. Come ciò possa estendersi anche ai libri facoltativi od ausiliari.

24. Ragione della inscindibilità del contenuto nei libri di commercio: facoltà data anche a tal riguardo al giudice.

25. La forza probante dei libri di commercio sussiste anche se nel momento della controversia siasi cessato dal commercio: applicazione del principio al fallito.

26. La disposizione dell'art. 48 non si applica agli atti civili che abbiano luogo fra due commercianti: si applica invece quando l'atto sia commerciale almeno per l'uno di essi.

27. Fra commercianti e non commercianti i libri di commercio costituiscono semiprova contro i non commercianti, e prova piena contro i commercianti.

28. Tre sistemi legislativi intorno al grado di prova dei libri obbligatorii per i mediatori, e delle copie e note da essi rilasciate. Non è sembrato opportuno scegliere nella legge fra di essi; e se ne è lasciata la decisione al giudice.

29. Necessità di provvedere con apposite disposizioni all'argomento dei telegrammi, come mezzi di prova in materia di commercio. Ragioni della limitazione delle disposizioni medesime. Enumerazione del loro oggetto.

30. Opinioni varie intorno alla natura giuridica del telegramma.

31. Nel sistema del Codice si attribuisce al telegramma forza probante come scrittura privata, quando l'originale sia veramente sottoscritto dalla per-

sona indicata come mittente, o quando si provi anche con testimoni, che l'originale fu da essa consegnato o fatto consegnare all'ufficio telegrafico.

32. Come si pongono a profitto nei rapporti di diritto privato i perfezionamenti nel servizio telegrafico; e ragione della distinzione dell'art. 45 fra le legalizzazioni e le autenticazioni notarili, e quelle con altri mezzi autorizzati dai regolamenti telegrafici.

33. Ragione per cui anche riguardo alla data dei telegrammi è ammessa la prova contraria.

34. Della responsabilità degli errori, delle alterazioni e dei ritardi nella trasmissione dei telegrammi.

35. Se i danni in ispecie cagionati dalle alterazioni debbano cadere a carico del mittente, o del destinatario, indipendentemente dalla possibilità del regresso verso l'amministrazione, o gli impiegati telegrafici; e ragione della soluzione datavi nell'art. 46.

36. Uso del telegrafo per trasmettere consensi e dichiarazioni, con effetto anche in giudizio.

37. Della prova testimoniale: suo processo storico: la sua ammessione è eccezione in diritto civile e regola in materia commerciale. Risoluzione dei dubbi ai quali davano luogo l'art. 92 del precedente Codice di Commercio e l'art. 1341 del Codice Civile. Sistema che risulta dalla regola stabilita nell'art. 44, e dalle eccezioni portate dall'art. 53.

38. Quali leggi debbano regolare gli atti ed i contratti che sono di natura commerciale per alcuno dei contraenti, e di natura civile per altri. Oscillazioni della giurisprudenza prima del Codice di Commercio del 1865: sue disposizioni al riguardo: critiche che vi si sono fatte, ed inconvenienti che presentava: giustificazione della disposizione dell'art. 54.

39. Ragione dell'art. 55, relativo alla data degli atti e dei contratti commerciali.

40. Necessità che nel Codice si emettessero almeno i più necessari provvedimenti sull'istituto dei titoli al portatore.

41. Importanza dei principii intorno alla natura giuridica dell'istituto medesimo. Varietà di opinioni e sistemi; opinione prevalente; e principii correlativi a cui s'ispirano le disposizioni degli art. 56 e 57.

42. Del diritto di avere titoli duplicati od equivalenti ai titoli al portatore logori o guasti.

43. Dei duplicati nei casi di distruzione o di smarrimento dei titoli medesimi. Dottrine in vario senso. Ragione della soluzione in senso affermativo, e cautele stabilite. Si è però dovuto rispettare le leggi speciali relative ai titoli del debito pubblico.

44. Dei duplicati dei titoli al portatore nei casi di smarrimento od involamento. Non ne venne ammesso il diritto.

45. Dell'azione di rivendicazione a favore del proprietario dei titoli al portatore smarriti o rubati contro i terzi loro possessori. Ragionevolezza della soluzione data alla relativa quistione nell'art. 57. Differenza fra la rivendicazione da esso accordata dei titoli al portatore, e quella accordata con gli art. 708 e 709 del Codice Civile nelle altre materie.

46. La disposizione dello stesso art. 57 non si applica ai casi di titoli al portatore pervenuti ad un terzo per truffa o per abuso di confidenza: però anche nei casi di queste o di simili frodi, il proprietario spogliato può sperimentare altri diritti onde averne la restituzione con provvedimento del giudice penale.

47. Nel conflitto tra le leggi e gli usi di vari paesi, quali debbano applicarsi a regolare la forma e la sostanza delle obbligazioni commerciali. Precedenti legislativi sulla materia, che si avevano negli art. 9 e 10 delle *Disposizioni generali* premesse al Codice Civile. Dubbi che essi lasciavano sussistere. Soluzione datavi con la disposizione dell'art. 58.

48. Ancora sull'art. 39, e sulla validità del patto del pagamento in una determinata moneta.

49. Ragione per cui si è stabilito nello stesso articolo che il corso del cambio debba essere quello *a vista*.

50. Il principio che il detentore del titolo al portatore si presume proprietario, si applica anche ai rapporti di pegno e commissione.

51. Esempi di disposizioni riguardanti le persone dei commercianti in senso dell'art. 54.

52. Inammessibilità della prova testimoniale per provare le compre e le vendite dei beni immobili.

53. Modificazioni all'art. 56 per coordinarlo alle leggi speciali concernenti i biglietti di banca ed altri titoli equivalenti.

54. Ancora della rivendicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati.

Relazione Ministeriale al Senato.

1. Una delle più importanti innovazioni ed aggiunte nel Progetto definitivo è quella per la quale si regola il contratto fra persone lontane.

Il Codice Francese (anche in ciò imitato dal nostro del 1865) non conteneva alcuna disposizione intorno al momento ed al luogo della perfezione dei contratti *inter absentes*, e nel silenzio della legge si sollevarono molte quistioni, le quali furono vivamente dibattute e decise secondo le varie opinioni degli scrittori, e la

giurisprudenza fu ed è ancora oggidì molto incerta nell'adottare le norme precise che possono servire alla soluzione delle relative controversie.

Da ciò la necessità che un Codice di Commercio, destinato a vedere la luce nello stato attuale del diritto, debba affrontare le difficoltà, e risolverle nel miglior modo possibile.

In qual *luogo* ed in qual *tempo* si compie e perfeziona un contratto tra persone lontane: nel luogo donde il contraente, cui se ne fa la proposta, acconsente e trasmette la sua risposta di accettazione, e perciò anche nel momento di tale trasmessione; ovvero nel luogo e nel tempo in cui al proponente giunge la notizia dell'accettazione medesima?

È facile comprendere l'importanza fondamentale di una simile quistione, dalla cui soluzione nell'uno o nell'altro senso, specialmente allorchè i due lontani contraenti risiedono in diversi Stati, dipende quasi sempre la determinazione della legge regolatrice del contratto, delle sue forme e de' suoi effetti, e quella altresì della giurisdizione competente a pronunciarsi sulle controversie che insorgono per la sua esecuzione, come ne dipende altresì la determinazione del momento in cui avvenga il trapasso del dominio o degli altri diritti che formano la materia della contrattazione, e si formi un vincolo irrevocabile fra i contraenti. (Pag. 115 e 116).

2. Gli scrittori, le legislazioni e la giurisprudenza sono in questa materia divisi in due sistemi interamente opposti. Ciascuno di essi novera numerosi e celebri fautori, trovasi consacrato da qualche legislazione positiva, ed è accolto nella giurisprudenza de' Tribunali di paesi illuminati e civili.

Secondo il primo sistema, al quale maggiormente inclina la nostra giurisprudenza, il contratto fra persone lontane diviene perfetto, allorchè la volontà di accettare, cioè il consenso dell'accettante, pervenga a notizia del proponente (1).

(1) Dottrina degli scrittori: Grozio, De jure belli et pacis, II, cap. 11, § 15; Einеccio, Praelect. accad. in Hug. Grot. II, 11, § 15; Carrozzi, La vera teorica dei contratti, art. 1, n. 3; Basevi, Annotazioni al Codice Civile

Nel sistema opposto non si esige la condizione che l'accettazione sia giunta a notizia del proponente (1); ma il contratto si ritiene perfetto nel momento in cui l'accettazione è in qualunque

Austriaco, § 862; PRECERUTTI, Elementi di diritto civile patrio, n. 709; Rocco, Trattato di diritto civile internazionale, lib. III, cap. 16; GABBA, Teoria della retroattività delle leggi, IV, pag. 189; SCHUPFER, Il diritto delle obbligazioni, pag. 117; VIDARI, Del momento in cui un contratto fra assenti si ha da ritenere perfetto (Giornale delle Leggi, I, 98 e IV, 36); REGNOLI, Della perfezione dei contratti fra assenti (Annali v, 3, 396); LUZZATI, Della trascrizione, I, cap. 5 e nota; LEVI, Della locazione, ecc., I, n. 5; DARIES, Instit. iurisprud. univ., § 415; MERLIN, Rép. Vente, § 1, art. 3; TOULLIER, III, 29; TROPLONG, Vente, 22 e Louage, 105, nota 5; PARDESSUS, Droit commercial, I, n. 250; MASSÉ, II, 94 e IV, 24; DELAMARRE et LEPOITVIN, Droit commercial, I, n. 104 e II, n. 56; POUJOL, Oblig., art. 1109, n. 3; GAUTHIER LA CHAPELLE, Encyclopédie, V. Contrat, n. 108; LAROMBIÈRE, sull'art. 1101, 19; DALLOZ, Rép. Vente, 86; FLANDIN, Revue du notariat, vol. 1869; LAURENT, Principes de droit civil Français, XV, 479; HERT, De commeatu literarum, § 16 e seg.; HASSE, Rheinisches museum, II, pag. 371; WACHTER, Archiv. für civilistische Praxis, XIX, pag. 116, nota 3; MAYNZ, Eléments de droit Romain, II, § 284, nota 10; BEKKER, Iahrbuch, II, 342 e III, 116; WURTH, Des principes de droit qui régissent les lettres missives et les télégrammes.

Giurisprudenza. — Cass. Torino 22 dicembre 1871 (Legge XII, 77 e nota; Cass. Torino, 22 dicembre 1874 (Giuriati ora Racc. XXVII, I, 1, 148; Ann. IX, I, 1, 13 e Giuris. XII, 4 e nota); Cass. Torino 21 aprile 1876 (Ann. X, I, 1, 341; e Foro Italiano, I, 663, 664 e nota; e Legge XVI, 362); Corte d'Appello di Genova 21 luglio 1862 e 27 novembre 1866 (Gazz. dei Trib. di Genova XV, 612 e XIX, 382); Torino 28 settembre 1867 (Giuris. IV, 655); Lucca 18 luglio 1870 (Annali IV, 2, 254); Genova 21 marzo 1871 (Gazz. dei Tribunali di Genova XXIII, 1, 560 e nota); Torino 28 dicembre 1872 (Legge XIII, 395 e nota); Roma 3 e 17 gennaio 1873 (Legge XIII, 368 e 441); Firenze 7 settembre 1874 (Ann. VIII, 2, 449); Genova 4 dicembre 1874 (Casaregis, I, 2, 1, 33); Milano 17 giugno 1876 (Ann. X, 2, 514); Cass. Franc. 6 agosto 1867 (S. V. 1867, 1, 460); Corte di Pau, 17 aprile 1852 (S. V. 52, 2, 205). Parigi 6 marzo 1865 (S. V. 1866, 2, 218); Bruxelles 25 febbraio 1867 (I, d, P. 1868, 2, 182, 183); Lione 27 giugno 1867 (I. d. P. 1868, 2, 182, 183).

(1) Scrittori: CASAREGIS, Disc. 179, n. 1; AZUNI, Dizionario di giurisp. mercantile, V. Assente; DE LUCA, De alienat., disc. 47; De benef. disc. 93, n. 8; ROTA GENUENSIS, De mercat. dec. 161; SERAFINI, Scritti germanici, dis-

modo manifestata (1), od al più anche trasmessa all'offerente (2), mentre non mancano altri, i quali alla perfezione del contratto richiedono che il documento materiale contenente l'accettazione sia pervenuto all'offerente, senza ricercare però se egli ne abbia preso cognizione (3).

Questo secondo sistema è accolto nel Codice Spagnuolo (art. 243), nel Codice Portoghese (art. 252, 498 e 499) e nel Codice Germanico (art. 319 e seg.), secondo i quali il luogo ove si perfe-

sert. I; Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza, cap. V; PARODI, Lezioni di diritto commerciale, II, pag. 41; PACIFICI-MAZZONI, V, 52; DE GIOANNIS GIANQUINTO (Annali, VIII, 3, pag. 25 e seg.); SUPINO, (Arch. giurid. XIII, pag. 550); POTHIER, Vente 33; DUVERGIER, Vente, n. 54, 59; MOLITOR, Les obbligations II, 49; MARCADÉ, 1108; ALAUZET, Comment. du Cod. Comm. II, n. 1053; DEMOLOMBE, I, 61 e seg.; HEPP, De la correspondance privée, 103; ROUSSEAU. Traité théorique et pratique de la correspondance, 48 e seg.; BURGE, Commentaries on colonial and foreign ecc., tom. III, pag. 752 e seg.; STORY, Commentaries on the conflict, ecc., § 285; LAUTERBACH, Disput., De nuncio § 67, 68; HOMMEL, Rhapsod. Quaest. observat., 409, n. 18; HAUSS, De principiis a quibus ecc., pag. 40; GOESCHEN, Vorlesungen uber das gemein Civilrecht, tom. I, § 31, pag. 114; PUCHTA, Pandekten, § 251, nota c; SAVIGNY, VIII, § 371; SCHEURL, Jahrb di Jhering, II, 247; KRUTTGE, De negotiis inter absentes per epistolas contrahendis; LITTEN, Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur.

Giurisprudenza: Cass. Firenze 30 giugno 1873 (Ann. VII, I. 1, 380 e Legge XIII, 818 e note); Corte di Appello di Firenze 7 settembre 1874 (Ann. VIII, 2, 449); Venezia 20 gennaio 1875 (Giuriati ora Racc., XXVII, 1. 2, 273); Tribunale di Firenze 7 febbraio 1876 (Legge, XVI, 775); Tribunale di Commercio di Foligno 11 aprile 1876 (Casaregis, III 386); Corte di Lione. 26 febbraio 1816; Parigi 23 novembre 1841; Bordeaux 15 dicembre 1855; Grenoble 9 gennaio 1864, citate dal PIGOZZI (Arch. giurid. VI, pag. 3 e 59).

(1) Teoria detta della *dichiarazione* in senso stretto, sostenuta dal SAVIGNY, loc. cit., da PUCTHA, loc. cit., da WENING-INGENHEIM, Lehrbruch des gemeinen Civilrechts, da THÖL, Handelsrecht, pagina 174, e da DAHN, Rivista pel diritto commerciale, IX, pag. 503.

(2) Teoria detta della *spedizione*, fra i cui seguaci citeremo SINTENIS, Das praktische gemeine Civilrecht, II, § 96, SCHEURL e SERAFINI loc. cit.

(3) Teoria detta della *recezione*, alla quale sono informati il Codice Prussiano (§ 96, 103) ed il Sassone (§ 815).

ziona il contratto fra persone lontane è quello in cui la dichiarazione di accettazione viene *consegnata per essere spedita*.

L'altro sistema invece è adottato dal Progetto di Codice Svizzero (art. 207 e 208), il quale dichiara perfetto il contratto quando l'accettazione è *giunta a notizia* del proponente (1). (Pag. 116 a 118).

(1) Vi sono poi alcuni scrittori, i quali tentano di risolvere la quistione con molte distinzioni di casi, adottando sistemi misti od eclettici.

Infatti il WINCSCHEID (Pandecten, 2ª ediz., § 306, 308) tratta il proponente in modo diverso dall'accettante, dichiarando che per il primo il contratto è perfetto appena l'accettazione sia resa manifesta, e per il secondo, quando l'accettazione sia pervenuta a notizia del proponente.

Anche il PESCATORE; Le convenzioni per corrispondenza epistolare (Arch. giurid. XII, 412, 418); Contratti fra assenti (Giornale delle Leggi, V, 73); Luogo dei contratti conchiusi per corrispondenza epistolare (Giornale delle Leggi, VI, 2) crede che non si possa dare un'unica soluzione alla grave quistione; e formola i seguenti principii:

1° Che nelle trattative fra assenti non devesi tener in conto di atto giuridico di accettazione, se non quello emesso dall'accettante in modo che egli non possa più richiamarlo, e che perciò debba inevitabilmente pervenire più tardi a notizia dell'offerente;

2° Che l'atto di accettazione, emesso e divenuto irrevocabile, formi istantaneamente il vincolo giuridico per entrambe le parti nei casi seguenti:

a) Se l'offerente abbia espresso il suo volere in questo senso;

b) Se questo volere sia implicito nelle condizioni dell'offerta;

c) Se il corrispondente abbia immediatamente accettato, cioè mandato l'atto di accettazione, in guisa che più celeremente non avrebbe potuto;

3° Che se il corrispondente differisce per qualche tempo a rispondere, per deliberare sulle proprie convenienze, la ritardata accettazione non vincoli l'offerente, se non in quanto gliene pervenga la notizia *re integra*, senza che siasi mutato lo stato di cose esistente al momento dell'offerta.

Il KOEPPEN (Der obligatorische Vertrag unter abwesenden; Fine civilitische Abhandlung, Jena, 1871) pretendendo risalire al Diritto Romano, afferma che l'offerta nel contratto fra persone lontane contiene una *dilazione sotto condizione di accettazione*, simile al credito nascente dal legato, che si acquista quasi *ex contractu* con l'accettazione.

Il GIORGI infine (Teoria delle obbligazioni, vol. III, n. 214-240) non reputando possibile di risolvere la questione del contratto *inter absentes* con poche e semplici regole assolute, la considera sotto diversi aspetti, e ricerca il mo-

3. La Commissione del 1869, incaricata della revisione del nostro Codice di Commercio, confrontò i diversi sistemi, ed in una delle sue prime tornate deliberava di accettare in massima il sistema del Codice Germanico: ma poscia, in seguito a mie successive osservazioni e proposte, ritornò sulla presa deliberazione, e discusse nuovamente con matura ponderazione la quistione della preferenza da accordarsi all'uno o all'altro dei due sistemi opposti, fra i quali abbiamo veduto divisi gli scrittori e i Tribunali (1).

Fu osservato che il sistema contrario a quello adottato dal Codice Germanico, cioè di ritenere il contratto perfezionato nel momento in cui la risposta contenente l'accettazione perviene a notizia del proponente, non solo aveva per sè il suffragio di ben autorevoli scrittori antichi e moderni, tanto Italiani che stranieri, ma era divenuto prevalente nella giurisprudenza Italiana. E però non dovevasi con leggerezza abbandonarlo, senza che un profondo esame critico della dottrina contraria ne dimostrasse l'irrecusabile verità.

Esaminate poi le disposizioni del Codice Germanico, riuscivano evidenti le non poche difficoltà inerenti a quel sistema, e principalmente: la dissonanza tra la disposizione, che dichiara vincolato il proponente fino al momento in cui possa aspettarsi l'arrivo della risposta (art. 319), e l'altra che nondimeno gli accorda tuttora la facoltà di pentirsi e di revocare la proposta, e riconosce efficace una revoca posteriore, purchè pervenga all'altra parte prima o contemporaneamente all'arrivo della proposta (art. 320); — la contraddizione logicamente inconciliabile tra il concetto che considera perfetto il contratto nel momento in cui la dichiarazione di accettazione sia consegnata per essere spedita al proponente (art. 321), e la facoltà tuttavia concessa all'accettante di revocare la sua accettazione anche dopo quel momento, purchè la revoca di essa giunga

mento della perfezione del contratto nei riguardi della competenza, nei riguardi della legislazione che deve governare il contratto, e finalmente nei riguardi del momento, in cui la proposta o l'accettazione divengono irrevocabili.

(1) Verb. n. 84, 186, 358, 360 a 364.

al proponente prima, o contemporaneamente della cennata dichiarazione di accettazione (art. 320); — e finalmente i gravissimi inconvenienti nel caso di morte od altro impedimento del messo incaricato di consegnare alla posta la lettera di accettazione, ovvero della dispersione o della distruzione della lettera stessa, dappoichè, secondo il testo del Codice anzidetto, il momento della conclusione del contratto non è nè anche quello della effettiva immissione della lettera di accettazione nell'ufficio postale e della sua partenza, ma bensì quello ben anteriore della semplice consegna a qualsiasi persona nello scopo di farne eseguire la immissione nell'uffizio postale.

Fu notato inoltre che la disposizione della Legge Germanica è incompleta, perchè si limita a determinare il *tempo* della conclusione del contratto, ma nulla stabilisce intorno al *luogo*, quantunque ciò sia molto importante.

Persuasa da queste osservazioni, e da altre desunte da' principi generali del diritto, la Commissione a maggioranza adottò invece il sistema già preferito nella dottrina e nella giurisprudenza Italiana, e che vedevasi proposto nel Progetto Svizzero, secondo il quale il contratto diviene perfetto quando l'accettazione giunga al proponente, ed a tale scopo nel Progetto preliminare fu scritta la disposizione dell'art. 40 (1). (Pag. 118 a 121).

4. In seno alla Commissione si discusse anche se fosse conveniente scrivere nel Codice una disposizione consimile a quella dell'art. 318

(1) « Tra persone lontane il contratto è perfetto, tostochè l'accettazione è conosciuta dal proponente.

« Chi propone un contratto non è obbligato, e può rivocare la proposta, finchè questa non giunga a conoscenza del destinatario. Parimente l'accettante non è vincolato e può rivocare l'accettazione, finchè questa non giunga a notizia del proponente.

« L'autore della proposta non può più rivocarla dal momento in cui essa è giunta a conoscenza del destinatario e per tutto il tempo sufficiente all'arrivo della risposta; ma rimane svincolato per qualunque ritardo, anche accidentale, di tale arrivo.

« La determinazione del tempo occorrente alla risposta e la quistione del ritardo, sono giudicate secondo le circostanze del caso e gli usi del commercio ».

del Codice Germanico, concernente la conclusione dei contratti *fra presenti*, dichiarando che il proponente a nulla è tenuto se la proposta non è seguìta subito dall'accettazione; ma tale disposizione non fu adottata, essendosi osservato che un articolo così concepito era superfluo e compreso già nella definizione generale di ogni contratto, quale risulta dalle disposizioni del Codice Civile, qualora con esso si volesse consacrare il principio, che la proposta non vincola il proponente se non vi si aggiunge tosto il consenso di accettazione, e quindi in difetto di questa il primo è libero di revocare la sua proposta; e poteva essere sommamente pericoloso, qualora con esso si volesse prescrivere che sempre l'accettazione debba seguire immediatamente l'offerta, in modo che sia tolta ogni efficacia agli usi commerciali che esistessero o che potessero introdursi, per i quali in certi casi si permettesse anche fra presenti di rispondere entro un termine corrispondente alle circostanze. (Pag. 121).

5. Fu adottata bensì senza osservazioni, e consacrata nell'art. 41 del Progetto preliminare, ed ora è riprodotta nell'art. 36 dell'attuale Progetto (37 del Codice), la disposizione ragionevolissima dello art. 322 dello stesso Codice Germanico, che un'accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto della proposta, accompagnato da proposta novella. Tale disposizione non è che una legittima conseguenza dei più sicuri principî di dritto e di ragione. (Pag. 121 e 122).

6. Ma la disposizione dell'art. 40 del cennato Progetto preliminare fu fatta segno a parecchie osservazioni e censure, le quali però trovarono il loro principale appoggio nel modo in cui l'adottato principio era stato formolato, ed applicato alle sue conseguenze.

I. Si disse anzitutto, che la gravissima quistione del *tempo* e del *luogo*, nei quali si perfeziona il contratto fra persone lontane, non era tale quistione cui potesse darsi unica, assoluta ed uniforme soluzione, e che era contrario alla natura delle cose ed all'indole ed alle necessità del commercio, applicare lo stesso principio anche alle obbligazioni *unilaterali* ed a *tutti* i contratti, specialmente alla *commissione*, al *mandato*, ed anche ai *contratti reali* (1).

(1) De Gioannis Gianquinto, Sul progetto per la riforma del Codice di Com-

II. Una seconda obbiezione veniva fatta dagli oppositori del sistema adottato.

Secondo questo sistema il contratto è perfetto soltanto quando il proponente abbia notizia dell'accettazione: è naturale quindi che fino a quel momento il proponente dovrebbe aver facoltà di revocare la sua proposta, imperocchè dove manca il vincolo giuridico, deve esservi libertà (1). Ma l'art. 40 del Progetto preliminare invece nel secondo capoverso dichiarava che l'autore della proposta non potesse più revocarla dal momento in cui essa fosse giunta a conoscenza del destinatario, e per tutto il tempo sufficiente all'arrivo della risposta.

Se non che la contraddizione, in cui cadde il Progetto preliminare, poteva dirsi meno evidente e grave di quella del Codice Germanico, che dichiara perfetto il contratto nel momento in cui la risposta di accettazione viene consegnata per essere spedita, e nondimeno (come innanzi fu detto) accorda all'accettante la facoltà di revocare la sua accettazione anche dopo quel momento, purchè la revoca giunga al proponente prima o contemporaneamente della dichiarazione di accettazione.

È vero che il Progetto preliminare con siffatta disposizione intendeva di ovviare al serio inconveniente che dal principio adottato poteva derivare, che cioè l'accettante in buona fede, non dubitando neppure che il proponente avesse a mutar pensiero, intraprendesse

mercio (Annali, VIII, 3, p. 25). — SUPINO, Studii sul Progetto del nuovo Codice di Commercio (Arch. giurid., XIII, pag. 550). — Camere di Commercio di Brescia, Parma e Potenza (Sunto delle Osservaz., pag. 56 e 57).

(1) Ciò non si può negare, e molti scrittori lo ammettono. ANSALDO dice: « Epistola antequam perveniat ad eum cui est directa, nulla oritur obbligatio mittentis seu scribentis » (Disc. 61, n. 9). — Così MERLIN, Rép. V. Vente, § 1, art. 3, e TROPLONG, De la vente, tom. I, n. 22 e seg., e Du Louage, n. 105, in nota.

Il MASSÉ poi dice chiaramente « Le contrat par lettres ne peut se former comme tout autre contrat, que par le concours de deux volontés, et tant que la volonté de l'acceptant n'est pas connue du proposant, il n'y a pas concours de volontés, et jusque là le proposant peut retirer une offre qui n'a encore engendré aucun lien de droit » (Vol. II, n. 84).

intanto l'esecuzione del contratto, il quale più non sussisterebbe dopo la revoca, mentre d'altra parte non può al certo pretendersi che l'accettante aspetti prima che l'accettazione giunga al proponente, essendo ciò contrario alla celerità e rapidità delle operazioni commerciali, e per certi affari (p. es. gli affari di Borsa) sarebbe ripugnante alla loro stessa indole e natura; ma non è men vero che col negare al proponente la facoltà di revocare la sua proposta dal momento in cui sia giunta a conoscenza del destinatario, si ammette l'esistenza di un vincolo, mentre, secondo il principio adottato, il vincolo contrattuale non ancora esiste (1).

III. Si osservò infine che la disposizione dell'art. 40 era incompleta, perchè non prevedeva il caso in cui una risposta di accettazione, benchè spedita in tempo, per un avvenimento qualunque giungesse in ritardo al proponente (2). La legge non determina quale sia l'effetto di questa accettazione tardiva. Potrà il proponente, ascoltando soltanto la voce del suo interesse, ritenere conchiuso o meno il contratto? Non v'ha chi non veda quale largo campo si lascerebbe alla frode. L'accettante non conosce il ritardo: crede quindi perfetto il contratto, e ne incomincia l'esecuzione: il proponente potrà, quando meglio ciò gli piaccia, significare all'accettante che l'accettazione, quantunque spedita in tempo, gli è giunta in ritardo, e quindi negare la validità del contratto, e disdirlo?

Facendo ragione alle critiche che mi parvero fondate, benchè la formola del Progetto preliminare fosse stata da me stesso proposta, senza spirito di paternità, ma con l'unico scopo di raggiungere la maggior perfezione nel testo legislativo, mi sentii nel dovere di sottoporre quell'articolo a novello e più profondo studio, e quindi d'introdurre nel medesimo le notevoli modificazioni che si veggono nella nuova formola dell'art. 35 dell'odierno Progetto (36 del Codice). (Pag. 122 a 124).

7. Anzitutto riesaminai in massima, a quale dei due opposti sistemi dovesse darsi la preferenza; e, fatta la scelta, ricercai quali

(1) De Gioannis Gianquinto, loc. cit.

(2) Osservaz. della Camera di Comm. di Genova (Sunto, p. 56).

opportune limitazioni e disposizioni fosse conveniente di aggiungere, per rimuovere ogni apparenza di contraddizione, e per arrecare legittima soddisfazione alle necessità e consuetudini del commercio, senza offesa della giustizia e dell'equità.

Sulla quistione di massima, le nuove riflessioni ed un razionale apprezzamento delle stesse avversarie obbiezioni, mi confermarono nel convincimento che il sistema da ultimo adottato dalla Commissione legislativa del 1869, accompagnato da alcune eccezioni e cautele, fosse il solo veramente conforme ai principii del diritto e propizio alla buona fede delle contrattazioni commerciali, mentre l'altro preferito nel Codice Germanico non potesse sostenere la pruova di obbiezioni insuperabili.

Tralasciando le considerazioni secondarie, i seguenti argomenti mi sembrano preponderanti e decisivi:

1° Certamente la convenzione si forma col *consensus in idem placitum;* ma il fatto generatore dell'obbligazione e del vincolo non è già, e non potrebbe essere, la materiale esistenza di due *concordi volontà reciprocamente ignorate,* bensì la reciproca notizia delle medesime tra le parti contraenti.

L'ufficio che compie la parola parlata ed udita tra le persone presenti, è sostenuta tra assenti dalla lettera o dal telegramma. E però nella stessa guisa in cui, anche fra presenti, sarebbe impedita la formazione del vincolo contrattuale, se una fisica incapacità od altra ragione non rendessero comprensibile al proponente l'accettazione di colui cui si è fatta la proposta, non può negarsi la stessa efficacia fra assenti al difetto di notizia dell'accettazione (1).

(1) MERLIN, Rép. V. Vente, § 1, art. 3; TROPLONG, De la vente, tom. I, n. 22 e seg., e Du Louage, n. 105 in nota.

Il MASSÉ (IV, n. 24) così si esprime: « C'est alors (quando la risposta dell'accettante giunge a notizia del proponente) seulement que se rencontrent les deux volontés, qui deviennent irrevocables aussitôt qu'elles sont respectivement connues des deux parties. En effet, une lettre, comme le dit CUJAS (sul titolo « si quis alteri vel sibi emerit ») ne constitue ni le contrat, ni le consentement; seulement annonce le consentement: « epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere ». Les lettres font l'office de la parole. C'est ce qu'exprime

Niuno pone in dubbio, che una proposta di contratto, fino a che non giunga a notizia della persona a cui venne indirizzata, è come se non esistesse, nè può produrre effetto di sorta; or perchè mai potrebbesi introdurre diversità di trattamento fra i due contraenti? Nel modo stesso, finchè il proponente non abbia contezza dell'accettazione, gli è come se questa non esistesse pei suoi giuridici effetti (1); essa non è, come si esprime il TROPLONG, che un *propositum in mente retentum*, il quale non può avere alcuna efficacia obbligatoria (2).

Nè vale opporre la finzione giuridica per la quale, come dicevano i nostri pratici antichi, *epistola facit praesentem scriptorem, semper loquitur, et nedum loquitur, sed etiam clamat.* Tale concetto, sostenuto vigorosamente dal SAVIGNY (3), secondo il quale,

très-bien une décision de la Rote de Gênes: « Ambae scripturae representantes personam scribentium semper loquuntur ad invicem, unde dicuntur loqui praesentibus ipsis » (Decis. 45, n. 6). Donc tant qu'une lettre n'est pas arrivée à sa destination, elle n'opère rien contre celui qui l'a écrite, au profit de celui à qui elle est adressée, pas plus qu'on ne peut se prévaloir de paroles qui n'ont pas été entendues ».

(1) In modo poco dissimile il MUNZINGER giustifica la proposta del Progetto Svizzero: « Un contratto è conchiuso mediante dichiarazioni reciproche; il pensiero non basta a formarlo, occorre anche la manifestazione della volontà. Ma l'espressione del consenso nel gabinetto solitario o in presenza di un terzo senza interesse, fatta verbalmente o per iscritto non basta: bisogna che la volontà sia espressa in presenza dell'altra parte, o di un suo rappresentante. Di più, questa manifestazione di consenso non è completa ed obbligatoria prima che l'altra parte l'abbia udita e raccolta. Ora, nello stesso modo che, quando i preliminari del contratto hanno luogo oralmente, esso non è perfetto prima che la deliberazione sia stata emessa e intesa, così bisogna che la lettera contenente l'assentimento all'offerta sia non solo spedita, ma arrivata a destinazione. Che giova alla legge tedesca di riportare la perfezione del contratto a un momento anteriore, mentre secondo essa l'accettazione non è irrevocabile che dal momento in cui è giunta nelle mani del proponente? » (Motifs du Projet du Code de Commerce Suisse).

(2) Chaque fois qu'un concours de volontés est nécessaire pour l'existence d'un acte juridique, il est rationnel d'admettre qu'une volonté non connue de la personne qu'elle intéresse est réputée ne pas exister (NAMUR, I, n. 253).

(3) SAVIGNY, Sistem des heutingen romischen Rechts, tom. VIII, pag. 233.

per effetto dell'invio della lettera, il proponente si ritiene trasferito egli stesso o per mezzo di procuratore presso l'altra parte, non può spingersi tant'oltre da ritenere che la lettera inanimata ed inintelligente possa anche considerarsi come un mandatario incaricato di ricevere e conoscere l'accettazione (1).

2° È razionalmente e giuridicamente impossibile concepire in una persona l'esistenza di una obbligazione senza che essa abbia la coscienza di essere obbligata; e tale coscienza manca di necessità nel proponente, finchè egli ignora se la sua offerta sia stata accettata. Senz'essa non può esservi debito, nè colpa d'inadempimento. Come si potrebbe senza ingiustizia considerare il proponente già soggetto alla contratta obbligazione, e fargli rimprovero di mancare alla sua promessa o di ritardarne l'eseguimento, se egli realmente tuttora ignora le intenzioni di colui al quale indirizzò la proposta, e perciò ignora di essersi definitivamente vincolato, e di essere obbligato a dare o fare qualche cosa? Per qualunque motivo la risposta non arrivi, l'obbligazione non esiste, nè una volontà invisibile può produrre effetto obbligatorio. Altrimenti si avrebbe una obbligazione priva di effetto, benchè esistente in diritto, il che sarebbe una contraddizione: ovvero, se si ammettesse un'obbligazione efficace e vincolante, benchè ignorata, si cadrebbe nell'irrazionale e nell'assurdo.

Nè giova opporre che l'accettazione spedita non cessa d'essere un fatto certo, quando anche l'una delle parti lo ignori, e che nelle obbligazioni condizionali *quae per rerum natura certa sunt*,

(1) « C'est une fiction, così il Massé, qui est inutile, puisque la question peut se résoudre avec le seul secours de la réalité. Il n'est donc pas permis d'y recourir. La fiction d'ailleurs est ici contredite par le fait même qu'il s'agit d'expliquer: on ne peut supposer que celui qui écrit une lettre est présent au lieu où la lettre est adressée, alors qu'il n'écrit que parce qu'il n'est pas présent: « per litteras absens absentem dicitur alloqui » (Stracca, De Probationibus, n. 16). — De même donc qu'il n'y a de proposition faite au correspondant que lorsque la lettre du proposant lui est parvenue, de même aussi, il n'y a d'acceptation que lorsque la lettre qui la contenait a été reçue par le proposant ». (Massé, vol. II, n. 84).

non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint (1). Ciò è vero soltanto nei contratti conchiusi e reciprocamente consentiti sotto condizione sospensiva, nel qual caso l'obbligazione attuale è già assunta col comune consenso dei contraenti, benchè subordinata ad un fatto tuttora ignoto: in altri termini l'esistenza dell'obbligazione condizionale è fuori quistione, nè trattasi che di verificare l'evento ignorato per decidere se la condizione siasi purificata o svanita. Ma la identica dottrina è evidentemente inapplicabile al caso sostanzialmente diverso, in cui si quistiona appunto se la obbligazione sia nata ed esista, o non siasi ancora formata.

Del pari non ha valore l'argomento desunto dal concetto che la lettera spedita divenga, fin dal momento della spedizione, di proprietà della persona a cui è diretta (2), perchè non si potrà mai giungere alla conseguenza, che la proprietà importi doversene presumere noto il tenore al destinatario fin dal momento della spedizione, e che quindi la spedizione ignorata da lui possa avergli ingenerato la cognizione dell'altrui volontà, e la coscienza di essere obbligato.

Nè a rimuovere le difficoltà basta addurre, che in fine, se la legge reputa perfetto il contratto con la semplice spedizione dell'accettazione, non fa che presumerne l'arrivo. Può anche ammettersi che fra gli elementi di fatto necessari alla perfezione di un contratto fra assenti, taluno ve ne sia, supplito da una semplice presunzione, fondata sul corso naturale ed ordinario delle cose, *ex eo quod plerumque accidit;* ma codesta presunzione dovrebbe sempre avere a base il rispettivo operato di ognuno dei contraenti, imperocchè ciascuno di essi conoscendo il fatto proprio, può prevederne e presumerne le ragionevoli e sommamente probabili conseguenze, fino a prova contraria. La presunzione non potrebbe giammai estendersi fino a supporre il fatto altrui, dipendente dalla libera ed ignorata volontà dell'altro contraente, perchè in tal caso alla pre-

(1) Instit. § 6, De verb. oblig. III, 15.

(2) Argomento sostenuto dal DUVERGIER e da altri, combattuto vittoriosamente dal MASSÉ, vol. IV, n. 24.

sunzione mancherebbe ogni logico fondamento. Perciò ben può la legge ammettere nel proponente e nell'accettante la presunzione che la proposta, come l'accettazione, siano rispettivamente pervenute al destinatario nei tempi e modi consueti, e che tale presunzione eserciti la sua influenza nell'animo di chi sa di avere spedito la proposta o l'accettazione con quei mezzi di trasmissione che l'esperienza abituale ha dimostrato idonei e sicuri. Ma sarebbe affatto arbitrario ed ingiusto il pretendere, che il proponente dovesse presumere a lui trasmessa l'accettazione dell'altro contraente, quando nel fatto egli non ne ha notizia, ed è pienamente nell'altrui libera ed indipendente volontà mandare o ricusare l'accettazione stessa.

Con ciò si risponde pure all'ingegnosa obbiezione del MARCADÉ e di altri (1), i quali vorrebbero che, richiedendosi la pruova dell'arrivo dell'accettazione al proponente, logicamente dovesse poi richiedersi che anche l'accettante alla sua volta avesse poscia notizia dell'arrivo della sua accettazione, con un circolo perpetuo, dappoichè entro questi limiti si è veduto poter sufficientemente operare la presunzione, la quale nell'accettante medesimo non è che la ragionevole previsione delle conseguenze del proprio fatto, nè dipende in veruna guisa dal libero esercizio dell' altrui volontà (2).

3° Nel sistema contrario, adottato nel Codice Germanico, ed in qualche altro, non si può evitare un vizio sostanziale, che solo basterebbe a renderlo inaccettabile. Esso consiste nella diseguaglianza di condizione in cui sono poste le due parti contraenti, disponendosi che il proponente, dal momento in cui ha inviata la proposta all'assente, rimane vincolato « fino al momento in cui può aspettarsi l'arrivo della risposta, supponendola spedita regogolarmente in tempo », mentre dal suo canto l'altra parte è tut-

(1) DE GIOANNIS — SUPINO — SERAFINI — GIORGI.

(2) « C'est là créer une difficulté imaginaire, qui a pour base une supposition toute gratuite..... Cette connaissance ultérieure (de l'acceptant) n'ajouterait rien aux consentiments qu'il a donnés et reçus ». MASSÉ, IV, n. 24.

tora libera da qualsiasi vincolo, e può accordare o negare il consenso secondo le proprie convenienze. Ora il concetto d'un vincolo di natura contrattuale in convenzioni bilaterali, il quale in un dato momento impegni ed astringa una sola delle parti, lasciando l'altra tuttora libera da ogni obbligazione ed impegno, ripugna all'essenza stessa di questo rapporto giuridico. È violato il principio di giustizia, se ad ambi i contraenti non è attribuita dal legislatore una condizione identica ed una perfetta parità di trattamento.

4° Finalmente nel sistema anzidetto, per realizzare almeno parzialmente codesta parità di trattamento, siccome nel proponente si ammette la revocabilità dalla proposta, purchè la revoca giunga prima o contemporaneamente della proposta medesima a notizia dell'altra parte, così pure si riconosce nell'accettante la stessa facoltà di pentirsi e di revocare la propria accettazione, finchè essa non sia conosciuta dall'altra parte. Ma con ciò si cade nella contraddizione già avvertita, che cioè si ritiene il vincolo contrattuale già esistente, e perfezionato il contratto, fin dal momento della trasmissione dell'accettazione, e nondimeno si permette che questa, anche dopo quel momento, possa venir revocata.

È d'intuitiva evidenza che quando un contratto è perfetto, una sola parte non ha diritto di pentirsi e di revocare il prestato consenso; laonde *perfezione del contratto* e *revocabilità del consenso* sono due nozioni giuridicamente inconciliabili.

Nell'altro sistema invece non v'ha contraddizione di sorta: il contratto è perfetto solo quando l'accettazione è giunta a notizia del proponente; quindi, come questi può revocare la sua proposta prima che ne abbia cognizione colui al quale è diretta, così del pari l'accettante può revocare la sua accettazione finchè essa non sia conosciuta dal proponente.

5° Non tacerò di un ultimo argomento, desunto per analogia da altri testi della vigente legislazione, e specialmente da quello il quale, per la perfezione di una donazione, in cui l'atto stesso non contenga l'accettazione del donatario, richiede non solamente il fatto che quest'accettazione siasi con atto separato consentita,

ma altresì la notificazione della medesima al donante (art. 1057 del Codice Civile).

In verità codesto argomento fu invocato da' fautori di entrambi i sistemi, parendo agli uni scorgere nell'accennata disposizione la applicazione di un principio generale di diritto, agli altri una eccezione o deroga al principio contrario, e perciò una pruova indiretta del medesimo.

Ma tra le due opinioni la prima sembra meglio fondata, imperciocchè se realmente per principio generale ne' contratti fra assenti si richiedesse la sola accettazione, presumendosi la sua notificazione all'altro contraente, in nessun contratto più che nella donazione mancherebbe ogni ragionevole motivo d'apportare una eccezione a siffatta regola.

Infatti la donazione, costituendo un atto di gratuita liberalità a pro d'un altro, assai più facilmente può presumersi, *ex eo quod frequenter accidit,* che questi accetti il dono o benefizio, e che ne faccia inteso il benefico donatore, e quindi vi sarebbe ragione di usare meno di rigore e di scrupoli di forma nella determinazione giuridica di questo elemento; e d'altronde l'accettazione separata dovendo anch'essa risultare da un atto pubblico (art. 1051), non può rimanere incertezza sulla esistenza e sull'epoca di essa.

Sotto un altro aspetto ancora, nella materia delle donazioni, una eccezione singolare al supposto principio generale dell'insufficienza della nuda accettazione sarebbe irrazionale e non presumibile, ove si consideri che la donazione ordinariamente produce una obbligazione unilaterale, se non è accompagnata da modi e condizioni, ed in tale specie di obblighi la stessa accettazione facilmente si suppone, senza bisogno che sia espressa e materialmente dimostrata, come in appresso si dirà. Laonde in siffatto ordine d'idee apparirebbe un eccesso legislativo, privo di ragionevole giustificazione, una disposizione eccezionale, in virtù della quale, anche quando da un lato esista un atto di donazione e dall'altro un separato atto d'accettazione, entrambi in forma autentica, tuttavia sopravvenendo in tal momento, e prima che l'accettazione sia notificata al donante, la morte o il cangiamento di stato del donante

stesso o del donatario, il vincolo obbligatorio non ancora sarebbesi formato e l'atto di liberalità rimarrebbe nello stato di semplice tentativo, mancante di qualsiasi giuridico effetto.

Invece, presupposto in ogni contratto fra assenti l'altro principio generale della necessità non del solo fatto dell'accettazione, ma benanche della notizia pervenutane all'altra parte contraente, facilmente si comprende come il legislatore, avendo voluto introdurre nelle donazioni forme sostanziali alla loro validità, dovesse rimanere fedele a codesto principio, e quindi statuire che anche la donazione non producesse effetto se non dopo la notificazione dell'accettazione del donatario al donante.

Sono questi i precipui argomenti, lasciando da parte i minori, che maturamente ponderati fortificarono la mia convinzione nella dottrina da me propugnata nel seno della Commissione legislativa, e che da questa fu avvalorata mercè l'autorità della sua approvazione, con nobile abnegazione di un suo voto anteriore. (Pagine 124 a 132).

8. Nè la forza di questi argomenti, i quali si connettono a'sommi principii regolatori delle convenzioni, mi parve vinta o indebolita dalle ingegnose contrarie obbiezioni, che già in parte ho confutate, e che si scoprono fondate o sopra inammessibili presunzioni o finzioni, ovvero sopra la legittimità di alcune eccezioni, alle quali è pur giusto che il legislatore, accanto alla regola generale, faccia una debita parte, quando siano la conseguenza di altri speciali istituti giuridici o appaiano richieste dai bisogni ed usi del commercio.

Ora è mestieri appunto passare a rassegna queste eccezioni, e rendere ragione delle importanti modificazioni ed aggiunte introdotte nel testo del Progetto definitivo.

Esaminate le tre principali censure mosse contro la formola dell'art. 40 del Progetto preliminare, è giustizia riconoscere che in una certa misura avevano un fondamento di verità. (Pag. 132 e 133).

9. La prima combatteva la rigida uniformità dell'unica regola dottrinale, come troppo assoluta, per essersi trascurato di considerare l'influenza, che anche su questa materia può avere la *volontà*

delle parti, sempre sovrana nelle obbligazioni contrattuali, e di tener conto della varietà di alcuni casi e di alcuni contratti, a cui la regola medesima non potrebbe applicarsi senza contraddire ad altri principii di diritto, e senza disagio del commercio.

Ed invero, non vi è ragione di mantenere il rigore di quella regola, la quale per la perfezione del contratto tra assenti richiede che al proponente pervenga l'accettazione dell'altro contraente, allorchè *la volontà dello stesso proponente*, *espressa o sottintesa*, dispensi da quest'ultima condizione, ed egli intenda di assumere l'obbligazione prima e senza che materialmente gli arrivi la risposta.

Certamente l'elemento di fatto che l'offerente abbia notizia dell'avvenuta accettazione non può annoverarsi *inter substantialia contractus*, in guisa che senza di esso il contratto non possa aver luogo.

L'offerente può quindi, senza dubbio, dichiarare *espressamente* nella sua proposta ch'egli si ritiene obbligato, ancorchè non gli giunga la notizia dell'accettazione, o, in altre parole, egli può rinunciare alla risposta della persona a cui fu diretta l'offerta, presumendola, e nessuno dubiterà certamente che il vincolo contrattuale divenga per lui perfetto dal momento in cui l'altra parte abbia con un fatto qualunque, purchè certo e positivo, dimostrato la sua volontà di conchiudere l'affare (1).

Ma v'hanno anche altri casi, nei quali la volontà del proponente di non far dipendere la sua obbligazione dalla condizione che gli arrivi notizia dell'accettazione dell'altra parte non è *espressa*, e nondimeno è *sottintesa*, perchè attestata dalla special natura del-

(1) Uno dei casi, in cui per *espressa volontà* del proponente si riconosce perfetto il contratto prima ancora che egli abbia notizia dell'accettazione, è quello di alcuni contratti che fanno le pubbliche amministrazioni, ponendo una casa o un'opera all'incanto con la proposta d'un determinato limite di prezzo, e dichiarando che il contratto s'intende conchiuso senza bisogno d'ulteriore approvazione con quello tra i concorrenti per mezzo di *schede suggellate*, la cui scheda per miglioramento del prezzo risulti la più favorevole all'interesse dell'amministrazione pubblica.

l'affare di cui si tratta, ovvero dalla consuetudine del commercio.

Ciò ha luogo senza dubbio:

a) Nelle *promesse unilaterali* (1), che non richiedono espressa accettazione;

b) Generalmente, poste determinate circostanze, ne' contratti che dicevansi *reali* nel Dritto Romano, *quia re perficiuntur*, quali sarebbero il mutuo, il commodato, il pegno, il deposito (2), perchè il fatto solo dell'invio della cosa che vuol mutuarsi, imprestarsi, pegnorarsi o depositarsi, manifestando a quale scopo e titolo si trasmetta, ed il fatto successivo del ricevimento e della ritenzione della cosa medesima, senza rifiuto o manifestazione di volontà diversa, possono implicare la perfezione del vincolo contrattuale;

c) In alcuni contratti consensuali, come il *mandato* e la *commissione* (3), nei quali la manifestazione del consenso di colui al quale è diretta la proposta, può aver luogo col fatto medesimo dell'adempimento da lui dato immediatamente al contratto, dovendo trovare applicazione le altre testuali disposizioni dell'articolo 1738 del Codice Civile, secondo il quale l'*accettazione del mandato* « può essere *tacita*, e risultare dall'esecuzione che vi ha

(1) Grozio distinse i contratti *bilaterali* dai contratti *unilaterali*, e soltanto per i primi richiese che l'accettazione giungesse a notizia del proponente, acciò fosse perfetto. (De jure belli et pacis, II, cap. 11, § 15).

(2) In ciò conviene anche lo Scheurl (Jahrb Jhering, vol II, pagina 251), benchè di regola esso reputi necessaria alla perfezione d'ogni specie di contratto che l'accettazione sia giunta a notizia dell'offerente.

(3) Tale è pure l'opinione di alcuni fra gli scrittori che difendono il sistema da me adottato. Infatti Delamarre e Lepoitvin (Traité de droit commercial, II, n. 57), dopo aver detto che alla perfezione del contratto è necessario che le due volontà si manifestino e si conoscano reciprocamente, soggiungono: « Ma questo principio di reciprocanza, vero e generale, non si applica al contratto di *commissione* », e più innanzi: « Poniamo adunque il principio che il *mandato* che si dà per lettera, e si accetta col fatto dal commissionario, diventi un contratto perfetto fin dal momento dell'accettazione, quand'anche fosse ignorata dal committente ». Vedi anche Massé, vol. II, n. 95.

data il mandatario », e degli art. 1141 e seguenti del Codice medesimo, i quali autorizzano la volontaria gestione dei negozi anche ad insaputa di colui, il cui affare è stato bene amministrato, e ne fanno per lui sorgere tuttavia le obbligazioni stesse del mandato;

d) E finalmente in alcune speciali contrattazioni, nelle quali la rapida ed immediata esecuzione è di essenziale necessità per le esigenze commerciali, nè quindi è presumibile che il proponente intendesse d'indugiarla per aspettare una preventiva risposta di accettazione: tali sono le compre e vendite di effetti pubblici nelle Borse, esposti da un giorno all'altro, ed anche da un'ora all'altra, alla variazione del corso dei prezzi; l'acquisto di determinate merci in circostanze di transitoria urgenza, e simili operazioni di carattere eccezionale, la celerità dei cui eseguimenti è entrata negli usi delle piazze commerciali.

Ed a quest'ultima eccezione potranno riferirsi senz'altro anche le pratiche giustificate dalle particolari relazioni che esistessero tra i due corrispondenti, o dalle abituali usanze che essi costumassero seguire, le quali secondo gli usi del commercio offrano sufficienti indizi della *volontà sottintesa* delle parti, di prescindere dalla condizione dell'arrivo dell'accettazione per la perfezione contrattuale di ciascuno degli affari che tra loro si conchiudono (1).

(1) Anche il Pardessus, il quale propugna energicamente la regola generale, che il contratto fra assenti non diviene perfetto se non coll'arrivo della accettazione al proponente, distingue il caso dell'incarico e dell'ordine come caso di eccezione, e lo raffigura così: « Quando una lettera è scritta non nei termini di una proposta, ma di un ordine o commissione, di comperare e di spedire *tali* merci a *tal* prezzo, sia che colui, cui la commissione è data, fornisca egli stesso quelle merci, il che non gli è interdetto, sia che egli debba acquistarle, vi ha meno una convenzione di compra-vendita che un contratto di commissione; e siccome questo contratto diviene perfetto non solo con la accettazione *espressa* della persona a cui è indirizzato l'incarico, ma benanche colla semplice esecuzione che egli vi dà senza bisogno di altra dichiarazione di volontà, ciò che noi abbiamo detto per la vendita non è applicabile in tutta la sua estensione. Il commerciante, che al ricevere gli ordini del suo committente, si è disposto ad eseguirli, con ciò solo ha operato il concorso di volontà sufficiente a formare il contratto ». Pardessus, Droit commercial, n. 251.

Nel Codice Germanico si presume l'accettazione dell'incarico tra commercianti che sono in abituale relazione di affari, ed anche quando sia diretto ad un corrispondente che siasi profferto a determinate specie di affari, o a persone cui si abbia diritto di dare ordini (commesso, institore, depositario ecc.), ne' quali casi il silenzio del destinatario equivale ad accettazione dell'incarico, e tanto basta alla perfezione del contratto (art. 323). Qualche Camera di Commercio (Trapani) manifestò il desiderio di veder riprodotta esplicitamente una simile disposizione nel Codice Italiano, per essere realmente conforme alle pratiche consuetudini del commercio; ma l'ampio e comprensivo richiamo degli *usi di commercio* nell'art. 35 (36 del Cod.) la contiene implicita, senza necessità di discendere a questa o ad altre casuistiche applicazioni.

Or lo assoggettare tutti questi casi indistintamente all'impero assoluto ed inflessibile della regola innanzi stabilita, sarebbe stato non meno ripugnante alle sane dottrine giuridiche, che a' bisogni della vita commerciale.

Era dunque giusto che il legislatore consentisse a limitare quella regola, facendo posto alle menzionate eccezioni.

Laonde io accettai primamente la distinzione, fin dai suoi tempi intravveduta dall'alto intelletto del GROZIO, tra i *contratti bilaterali* e le *promesse unilaterali.*

Ed anche alla regola, formolata intorno ai *contratti bilaterali* nella prima parte dell'art. 35 (36 del Codice), ammisi in apposito capoverso le opportune restrizioni, dichiarando che tanto nel caso in cui lo stesso proponente « richieda l'esecuzione immediata del contratto, senza una preventiva risposta di accettazione », come altresì quando, senza una di lui *espressa* manifestazione di volontà, la preventiva risposta di accettazione non si reputi necessaria per la « speciale qualità del contratto », ovvero « secondo gli usi del commercio », i quali esigono che tengasi pur conto delle abitudini e relazioni esistenti tra i corrispondenti che contrattano, il contratto è perfetto, appena l'altra parte ne abbia intrapresa la esecuzione.

Sembrami che tali eccezioni corrispondano ai sani principii di ragione ed alla natura stessa delle cose, e non tolgano valore al

principio, anzi sotto certi rispetti lo confermino, dimostrandone conciliabile la saggia applicazione con le pratiche utilità della economia commerciale. (Pag. 123 a 137).

10. La seconda censura del Progetto preliminare obbligava ad eliminare un doppio inconveniente.

Quello della inevitabile antinomia, avvertita anche nel Codice Germanico, derivante da una differenza qualunque tra il momento della perfezione del vincolo contrattuale, e quello in cui deve cessare nei singoli contraenti la facoltà del pentimento e della revoca.

E l'altro, per cui, ove si mantenesse nel proponente questa facoltà per più lungo tempo, ed anche dopo esser giunta la proposta a notizia dell'altra parte e dopo esser stata spedita l'accettazione, l'accettante verrebbe costretto a non intraprendere l'esecuzione del contratto senza prima essersi assicurato anch'egli dell'arrivo della sua accettazione, creando così la necessità di ritardi nelle operazioni commerciali, contrari alla celerità che è tanta parte del loro successo, quando non si protegga altrimenti chi in buona fede intraprenda l'esecuzione di una operazione proposta ed accettata, liberandolo dai danni cui venga esposto da pentimenti e revoche, figlie di leggerezza, e forse anche talvolta di un proposito di frode che speculi sulla mobilità dei prezzi.

Per raggiungere il primo scopo, l'attuale Progetto, con rigorosa applicazione del principio, dichiara espressamente revocabili la proposta e l'accettazione *fino a che il contratto non è perfetto.*

Per conseguir l'altro, aggiunge che, sebbene prima di un tal momento la revoca del consenso sia tempestiva all'effetto d'impedire la perfezione del contratto, tuttavia se essa giunga a notizia dell'altra parte allorchè questa abbia già in buona fede intrapresa l'esecuzione del contratto, e quindi venga a soffrirne danno, il revocante sia tenuto a risarcirlo.

Già nel seno della Commissione legislativa uno dei suoi membri aveva proposto di stabilire la « responsabilità dei danni, che l'accettante fosse in grado di comprovare essergli derivati dalla revoca »; e nel discutersi questa proposta, benchè mi paresse doversi decidere legislativamente la sola quistione della conclusione del

contratto, espressamente fin d'allora riconobbi che in tal guisa non s'intendeva menomamente di derogare alle regole generali, per le quali ciascuno è responsabile del danno recato altrui con propria colpa più o meno grave, e però non era escluso che anche le proposte e revoche *colpose* (peggio ancora se *dolose* e con proposito di *frode*) potessero dar luogo ad altre azioni, ben diverse però da quella *ex stipulatu*, derivante da un contratto conchiuso e perfezionato (1).

Intanto avendo la Commissione deliberato che nella compilazione dell'articolo si provvedesse anche alla « rispettiva responsabilità pei danni che potessero derivare da proposte o revoche capricciose, imprudenti o colpose », la nuova formola soddisfa a questo voto, e, se non m'inganno, esclude entrambi gl'inconvenienti censurati nel Progetto preliminare. (Pag. 137 a 139).

11. L'ultima censura trovava vaga ed incompleta la formola del Progetto preliminare intorno alla tempestività o al tardo arrivo delle accettazioni, ed agli effetti che ne derivassero.

Certamente non potrebbesi pretendere che il proponente rimanesse sempre a disposizione dell'accettante, per modo che il contratto dovesse intendersi conchiuso allorchè egli avesse avuto notizia dell'accettazione, in qualunque tempo questa gli giungesse. E però ho stabilito come massima generale, che alla perfezione del contratto sia necessario che l'accettazione venga a cognizione del proponente, o nel termine da lui stesso stabilito nella proposta, o se in questa non fosse prefisso alcun periodo di tempo, in quel termine che debba reputarsi ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la « qualità del contratto, e gli usi generali del commercio ».

Anche nel Progetto Svizzero (art. 207) è dichiarato, che le quistioni di ritardo sono giudicate dai magistrati competenti « secondo le circostanze e gli usi del commercio ». Ho aggiunto benanche « secondo le qualità del contratto », perchè lo scopo ed oggetto della contrattazione sovente additano chiaramente la in-

(1) Verb. della Comm. del 1869, n. 361.

tenzione delle parti, ed il limite più o meno breve di tempo in cui il proponente può aspettare la risposta, e quindi il mezzo più o meno celere di cui l'accettante può intendersi obbligato ad usare per trasmetterla. Una disposizione legislativa assoluta ed uniforme, che determinasse il tempo in cui il proponente sia obbligato ad attendere la risposta, come di obbligarlo ad aspettare, per esempio, due giorni, sarebbe arbitraria e dannosa, avuto riguardo alla diversità delle distanze, ed alla natura delle contrattazioni. Se io propongo al mio corrispondente di un piccolo porto di mare di vendergli l'intero carico di una nave che ivi sta per giungere, il termine di due giorni può essere troppo breve se il bastimento non sia ancor giunto, e l'acquirente debba far aprire numerosi colli e casse per visitare le merci che a lui si offrono in vendita. Se invece offro la vendita di una partita di rendita pubblica in Borsa, è evidente che ho diritto ad una risposta immediata per mezzo telegrafico da un'ora all'altra, perchè non posso rimanere esposto per due interi giorni alla eventuale variabilità dei corsi, lasciando all'altra parte il vantaggio di poter calcolare se debba rispondere affermativamente o negativamente. Tutto adunque deve essere abbandonato, secondo la specialità dei casi, e gli usi introdotti in commercio, all'equo e prudente apprezzamento dei Tribunali.

Non si obbietti, che un proponente di malafede potrebbe dissimulare o negare l'arrivo dell'accettazione in tempo utile, ed invocare la eccezione del ritardo, per farsi dichiarare sciolto da ogni vincolo contrattuale. Se questo è un inconveniente, esso è comune anche all'altro sistema da noi combattuto, nel quale, sebbene il contratto si ritenga perfetto fin dal momento in cui l'accettazione viene consegnata per essere spedita (art. 321 del Codice Germanico), tuttavia si soggiunge, che se per qualunque cagione, ed anche per caso fortuito, questa accettazione spedita in tempo sia giunta in ritardo, il contratto egualmente non sussiste più, ed il proponente può farsene dichiarare svincolato, purchè abbia dato avviso del suo recesso nell'intervallo del tempo, o immediatamente dopo l'arrivo dell'accettazione tardiva (articolo medesimo).

Anzi in questo secondo sistema il pericolo è maggiore, perchè l'incertezza di fatto, che può dar luogo ad indagini e controversie, non riguarda soltanto il vero momento dell'arrivo dell'accettazione, ma anche quello dell'arrivo della proposta, per determinare quando l'una o l'altra siano divenute rispettivamente irrevocabili, e però il campo alle dissimulazioni ed alle frodi in esso è vieppiù allargato. Laonde è vano preoccuparsi di questo pericolo, non potendosi evitare il dolo e la malafede in qualunque sistema, nè altrimenti combatterli che con la prova di fatto della verità, e con le conseguenti sanzioni civili del pieno risarcimento dei danni-interessi forse prodotti dal fraudolento tentativo, ed in determinati casi più gravi, anche con le sanzioni penali con cui si reprimono i tentativi di truffa. (Pag. 139 a 141).

12. Allorchè poi realmente l'accettazione non sia giunta in tempo, ma con ritardo, può sorgere anzitutto una quistione di responsabilità: ed al certo se il mittente la risposta abbia scelto tra i mezzi di corrispondenza a lui possibili il più lento o malsicuro, inadeguato alla qualità ed urgenza dell'affare, ed il meno atto a prevenire inutili spese e danni, si esaminerà, nei casi per quanto rari, in cui possa derivarne alcun danno, se concorrano i termini abili all'applicazione delle regole del diritto comune intorno alla colpa. In mancanza di ogni colpa, si applicherà il principio, che i danni prodotti dal caso fortuito sono a carico di chi li soffre, senza diritto a risarcimento. (Pag. 141).

13. Rimane una seconda quistione. Dal ritardato arrivo dell'accettazione deve sempre ed inesorabilmente derivare, che il contratto sia mancato e sconchiuso; ovvero potrà ancora il proponente, rinunziando al proprio diritto, e rassegnandosi al sofferto ritardo, perseverare nel contratto, e ridurlo a perfezione? A prima vista sembra ingiusto far dipendere il mantenimento o l'abbandono del contratto dalla volontà di un solo dei contraenti. Ma esaminando la rispettiva condizione di ambe le parti, è facile riconoscere che questa facoltà data al proponente non può tornar nociva all'accettante, imperocchè o questi ignora l'avvenuto ritardo, ed allora l'avviso che il proponente persevera nel contratto non gli annunzia

alcun cangiamento, e riesce conforme ai suoi intendimenti; o ha saputo che per un accidente qualsiasi la sua risposta si è smarrita o non ancora è pervenuta a destinazione, ed in tal caso niuno dubita che anche l'accettante, secondo i termini espressi dall'articolo, ha facoltà di rivocare la propria accettazione; e se non lo fa, ciò importa essere a lui indifferente che anche arrivando più tardi la risposta, il proponente, se il voglia, persista nel contratto; e però vi ha nuovamente accordo implicito delle due volontà, senza creare una necessità formalista di ricominciare da capo le trattative del contratto con una novella proposta, seguita da novella accettazione. Se non che, ad evitare le incertezze sempre pregiudizievoli al commercio, si è prescritto che laddove il proponente voglia mantenere il contratto, dando efficacia all'accettazione giunta in ritardo, sia obbligato di darne immediatamente avviso all'accettante, sotto pena di decadere dalla facoltà che la legge gli concede. (Pag. 141 e 142).

14. Le non poche modificazioni introdotte nell'attuale Progetto, delle quali abbiamo fin qui dato ragione, dimostrano la somma cura con cui si volle appagato quanto potè scorgersi di legittimo e praticamente utile nelle critiche e proposte relative al ben arduo problema di dettare norme legislative giuste e vantaggiose al commercio sui contratti fra persone lontane.

Così determinato e sviluppato il sistema Italiano, coordinandolo coi principii del diritto, e con le necessità delle relazioni commerciali, la soluzione che esso porge del problema anzidetto si colloca intermedia tra quelle troppo assolute dei Codici Germanici ed Iberici, e del Progetto Svizzero. Il sistema Italiano risulta da un'accurata combinazione delle due azioni *ex stipulatu,* ed *in factum* o *ex quasi delicto,* lasciando ad esse il rispettivo dominio, ed attribuendo a ciascuna i proprii effetti. Anche dove manchi la perfezione del contratto, sempre che il fatto di uno dei contraenti abbia cagionato danno all'altro, ne deriverà l'obbligazione non di eseguire un contratto inesistente, ma d'indennizzare il danno imprudentemente arrecato. (Pag. 142 e 143).

15. Seguono alcune disposizioni, applicabili a tutte le obbliga-

gazioni commerciali. Esse rappresentano altrettante deroghe alle regole generali del diritto civile, reclamate dai fini e bisogni speciali del commercio, e consacrate da una costante e pacifica giurisprudenza.

Queste disposizioni mancavano affatto nel Codice Francese, ma i Tribunali, supplendo alla lacuna della legge, avevano adottato alcune massime razionali e conformi alla natura delle operazioni mercantili, le quali furono in parte convertite in legge nel nostro Codice del 1865. (Pag. 143).

16. Prima fra tutte è la disposizione dell'art. 37 dell'attuale Progetto (38 del Codice), la quale stabilisce il modo in cui devesi determinare il *giusto prezzo* o il *prezzo corrente* delle derrate, delle merci, dei trasporti, dei noli delle navi, dei premi di assicurazione e dei corsi dei cambi, degli effetti pubblici e dei titoli industriali. Una tale disposizione era necessaria dacchè, derogando alla regola generale del diritto civile, che nega validità alla vendita se le parti non abbiano convenuto del prezzo, o non ne abbiano rimessa la determinazione ad un terzo, il Codice di Commercio permette la vendita commerciale *al giusto prezzo* od al *prezzo corrente*; ed essa infatti era scritta nel Codice vigente nel titolo *Della Vendita* (art. 96). Ma siccome la determinazione del giusto prezzo o del prezzo corrente non occorre solo nei contratti di vendita, così molto opportunamente nel Progetto preliminare e nel definitivo si è data a tale articolo una maggiore estensione, e ragionevolmente vedesi trasferito nel titolo che tratta *delle obbligazioni commerciali in generale*.

Però parve troppo limitativa la disposizione del Codice vigente, che in mancanza di mercuriali o di liste di Borsa, il giusto prezzo debba sempre stabilirsi mediante perizia, dappoichè i fatti che devono servire di base alla determinazione del prezzo possono talvolta accertarsi in modo migliore con testimonianze od altri mezzi. Perciò nel Progetto preliminare (art. 42) fu ammessa *ogni altra fonte di prova*, e tale locuzione è mantenuta nel Progetto definitivo (art. 37 del Progetto — 38 del Codice). (Pag. 143 e 144).

17. Segue l'art. 38 (39 del Codice) per regolare il caso che

la moneta indicata in un contratto non abbia corso legale o commerciale nel Regno, e il corso o il ragguaglio non ne sia stato espresso. Il Codice vigente aveva due articoli speciali in proposito: il capoverso dell'art. 228 (che mancava nel Codice Francese), relativo al pagamento delle lettere di cambio; e l'art. 452, corrispondente all'art. 338 dello stesso Codice Francese, che regolava i casi nei quali il prezzo delle cose assicurate fosse stato dedotto in moneta straniera, e non fosse determinato nella valuta corrente. Siccome però tali disposizioni potevano trovare applicazione anche agli altri contratti, così la Commissione del 1869 stimò opportuno di trasformarle in una norma generale, e di collocarla nel titolo *delle obbligazioni commerciali in generale*, imitando l'esempio del Codice Germanico che tratta di questo argomento nel titolo *dei Contratti in generale*. L'attuale Progetto conserva, salve lievi modificazioni di compilazione, l'art. 43 del Progetto preliminare, disponendo che, se la moneta indicata in un contratto non ha corso legale o commerciale nel Regno, e se il corso non fu espresso, il pagamento può esser fatto con la moneta del paese, secondo il corso del cambio a vista nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento, e qualora ivi non sia un corso di cambio, al corso della piazza più vicina, salvo se il contratto porti la clausola *effettivo* od altra equivalente.

Alcune Camere di Commercio (Genova e Parma) non approvarono quest'ultima riserva, perciocchè la difficoltà di procurarsi la specie di moneta *effettiva* indicata nel contratto portasse indebito aggravio al debitore senza corrispondente vantaggio al creditore. Ma l'osservazione facilmente si riconosce erronea. Il legislatore accorda per regola generale al debitore la facoltà di pagare in moneta del paese secondo il corso del cambio a vista nel giorno e nel luogo del pagamento, quantunque nel contratto si trovi la *indicazione* di una moneta diversa; ma dove non vi ha questa semplice indicazione, bensì il patto espresso e speciale di doversi procurare e somministrare al creditore una specie effettiva di moneta e non altra, debbe a quella regola apportarsi eccezione, perchè non vi è ragione di impedire una stipulazione perfettamente lecita, ed al cui adempimento un credi-

tore può avere legittimo interesse. In tal caso l'obbligo non è solamente di *dare*, ma anche di *fare*, ponendosi a carico del debitore, col suo consenso espresso, ogni diligenza, spesa ed eventualità per procacciarsi la specie effettiva promessa. Un tal patto rende l'obbligato debitore non di una *quantità* o somma di denaro, ma di una *specie* determinata, deducendosi la moneta in contratto siccome una merce qualsiasi della convenuta qualità. Non sussiste adunque che obligandosi il debitore all'adempimento della promessa nei termini in cui consentì di farla, gli si arrechi indebito aggravio. (Pag. 144 e 145).

18. La disposizione dell'art. 39 (40 del Codice) consacra un'altra importantissima eccezione al diritto comune, « della quale (così esprimevasi la Commissione del 1865, che per la prima volta la introdusse nel vigente Codice) niuno potrebbe con ragione negare l'opportunità in favore del commercio, per quella sicurezza ed efficacia di guarentigie onde nel pubblico interesse è d'uopo circondarlo ».

È antico principio di diritto, adottato nel Codice Civile (articolo 1188 corrispondente all'art. 1202 del Codice Francese) che « l'obbligazione in solido non si presume, ma dev'essere stipulata espressamente »: invece l'art. 90 del Codice di Commercio dichiara, che « nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contraria ».

In Francia, nel silenzio del Codice, di ciò si disputò vivamente fra gli scrittori; e quantunque il Fremery (1) dicesse « Tous les auteurs qui ont écrit sur le Code de Commerce ont admis que l'obligation souscrite par deux commerçants est *de plein droit solidaire* », tuttavia il Massé contraddice siffatta affermazione con non poche testimonianze di antichi e moderni giureconsulti (2). Ed infatti coloro che consideravano il Codice Civile come regola applicabile anche alle materie commerciali, ed il Codice di Commercio soltanto come eccezione alla regola generale ne'casi espres-

(1) Fremery, Études, pag. 24 e seg.
(2) Massé, op. cit., vol. v, n. 8.

samente derogati, quali sono, oltre il MASSÈ, l'ALAUZET (1), il DURANTON (2) ed altri, propugnano energicamente la dottrina contraria.

Sostengono in vece la prima opinione, oltre FREMERY, PARDESSUS (3), DELAMARRE et LEPOITVIN (4) e LANGLOIS (5), il quale osserva, come tale presunzione sia legittimata da una ragione di giustizia e dal vero interesse del commercio, imperocchè la solidarietà da un lato evita e semplifica le procedure, e dall'altro aumenta le garentie, accresce il credito personale e facilita la circolazione dei valori.

Veramente, esaminata la quistione non già *de jure constituendo*, ma *de jure constituto*, nello stato della legislazione Francese e de' Codici che la copiarono, l'opinione che esclude la presunzione di solidarietà non solo si appalesa non priva di fondamento, ma forse anche degna di preferenza; nè soltanto per l'ampiezza della regola scritta nel Codice Civile, e non derogata nel Codice di Commercio, ma anche più perchè in quest'ultimo s'incontra espressamente stabilita siffatta presunzione nelle materie speciali delle *Società* e della *Cambiale*, le quali eccezioni autorizzano ad argo-

(1) La solidarité existe de plein droit, quand il y a société: là est la dérogation aux règles du Code Napoléon, mais elle est formellement écrite dans l'art. 22 du Code de Commerce. Dans toute autre circonstance les règles sont les mêmes en droit civil comme en droit commercial; et l'art. 1202 du Code Napoléon forme le droit commun, auquel il faut se soumettre. (ALAUZET, op. cit).

(2) DURANTON, op. cit., vol. II, n. 96.

(3) La nature des engagements commerciaux porte à croire qu'une stipulation expresse n'est pas nécessaire pour qu'elles (le persone che si sono obbligate insieme) soient considérées comme solidaires. (PARDESSUS, vol. I, pagina 297).

(4) Quoique le Code de Commerce ne s'en explique pas, dans tous les temps deux commerçants qui s'engagent ensemble ont été réputés s'engager solidairement: on ne connait pas en jurisprudence de maxime plus certaine, plus invariablement observée. (DELAMARRE et LEPOITVIN, Traité de droit comm., vol. III, pag. 52).

(5) LANGLOIS, Essai sur le crédit privé (Revue de Droit Français et étranger, tom. I).

mentare sussistente la regola contraria in tutte le altre materie del diritto commerciale.

Nondimeno la giurisprudenza italiana, sotto l'impero del Codice di Commercio Albertino e delle Leggi di Eccezione per le Due Sicilie, si pronunziò sovente ammettendo la presunzione di solidarietà nelle obbligazioni commerciali (1).

Il nostro Codice di Commercio del 1865, per togliere il grave dubbio, codificando la giurisprudenza, ammise espressamente la cennata eccezione al diritto comune, estendendo altresì la presunzione di solidarietà al fidejussore non commerciante che garantisca un'obbligazione commerciale (art. 90).

Questo articolo è stato conservato nel Progetto preliminare (articolo 44), ed anche nel Progetto definitivo (art. 39).

La massima della solidarietà commerciale, protetta da una pacifica giurisprudenza, è ormai così entrata nelle nostre abitudini, che ne sono sistematicamente tra noi informate le relazioni mercantili. Non potrebbesi adunque abbandonarla senza danno.

D'altronde è pur conforme a giustizia, che quando più commercianti si associano insieme ne' benefizii e nelle perdite di un'operazione, e permettono che si spenda nel pubblico il loro nome, rispondano verso i terzi l'uno per l'altro. Tale era anzi, e non altro, il fondamento giuridico di giudicare adottato dall'antica ROTA GENOVESE (2). Sarebbe sommamente pericoloso in tali casi

(1) Gran Corte Civile di Napoli 31 luglio 1835 (AGRESTI, Decisioni, tom. VII, pag. 276); Senato di Genova 25 ottobre 1839; Consolato di Nizza 26 agosto 1841; Consolato di Torino, in più sentenze riferite nella Collezione del MANTELLI (Giuris. comm., I, 282 e seg.); Senato di Genova 4 marzo 1843 (GERVASONI, 1853, pag. 491); Magistrato d'Appello di Genova 11 gennaio 1853, (BETTINI, II, 51); Corte di Chambéry 6 giugno 1865 (Journ. du Palais, pag. 106).

(2) Usu enim in civitate Genuae, et quidem notorie receptum est, quod socii expendentes nomen in simul tenentur contrahentibus secum in SOLIDUM, et talis consuetudo et observantia attendi debet, cum faciat jus. (ROT. GEN. Decis. 30, n. 5, e 46, n. 5).

Semper ita per Rota fuit judicatum, ut ex pluribus decisionibus notissimum est, quod quando duo vel plures expendunt nomen in simul, quilibet tenetur et obligatur IN SOLIDUM. (ROT., Decis. 96, n. 1.

obbligare i terzi a ricercare e dimostrare qual parte d'interesse l'uno e l'altro de' commercianti abbiano nelle operazioni, e permettere che da tale indagine risulti forse minimo ed impercettibile l'interesse di colui, il cui nome contribuì ad accreditare nel pubblico la serietà di un'impresa e la solidità degli obblighi per essa contratti, lasciando la parte maggiore di responsabilità ad altri cointeressati oscuri ed insolvibili. Laonde il sistema contrario alla présunta solidarietà nelle obbligazioui commerciali estinguerebbe il credito, ed introdurrebbe nelle relazioni mercantili una diffidenza esiziale al commercio ed al suo incremento.

È ben inteso, e del resto se ne fa espressa riserva, che questa è una semplice presunzione *juris*, la quale cessa a fronte di una contraria volontà de' contraenti; e questa può risultare sia dalle loro stipulazioni, sia anche dall'indole e dall'oggetto del contratto e dalle usanze del commercio.

Nell'articolo ho aggiunto, che la « presunzione di solidarietà non si estende alle persone de' non commercianti per le contrattazioni, che rispetto ad essi non sono atti di commercio ».

Nel Codice vigente è disposto, che se un atto sia commerciale per una sola delle parti contraenti e non per l'altra, le obbligazioni di quest'ultima rimangano regolate dal Codice Civile (articolo 91). La stessa disposizione fu mantenuta nel Progetto preliminare (art. 57). Quindi rispetto alla solidarietà, dovendosi applicare al non commerciante la regola contenuta nell'art. 1188 del Codice Civile, essa rimaneva esclusa.

Avendo io, per le considerazioni che più tardi esporrò (1), stimato conveniente di mutare radicalmente codesto sistema, e di stabilire, che anche quando l'atto sia commerciale soltanto per alcuna delle parti, nondimeno tutti i contraenti indistintamente rimangano soggetti alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone de' commercianti, e « salve le disposizioni contrarie della legge »; divenne necessaria una espressa dichiarazione per non assoggettare alla presunta solidarietà coloro

(1) Ved. numero 38.

tra i contraenti pei quali l'atto avesse natura civile. (Pag. 145 a 149).

19. Rimangono tre ultime disposizioni, che formano oggetto degli art. 40, 41 e 42, inesistenti nel vigente Codice, ed aggiunte nel Progetto preliminare e nel definitivo. Sono tre deroghe ad altrettante regole di diritto civile, incompatibili colla sicurezza e con la perenne produttività dei valori, necessarie all'economia delle relazioni commerciali.

La prima è desunta dall'art. 289 del Codice Germanico, e dispone contrariamente alla regola del diritto comune (art. 1231 del Codice Civile), che i debiti commerciali liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto, imperocchè per il commerciante il tempo è moneta, e le somme in mano del commerciante cominciano a fruttare fino dal momento in cui entrano nella sua cassa.

Accogliendo l'osservazione di una Camera di Commercio (Parma), ho però modificata la formola del Progetto preliminare, che pareva restringere codesta disposizione a' soli casi contemplati nell'art. 1231 del Codice Civile, del quale facevasi inopportuno richiamo in vece dell'art. 1232 che determina quando un debito produca interessi. Fu dunque conveniente sopprimere quel richiamo, tanto più che in entrambi i menzionati articoli del Codice Civile è fatta riserva delle *regole speciali al commercio.*

La seconda disposizione (art. 41) vieta al giudice di accordare nelle obbligazioni commerciali la dilazione permessa dall'art. 1165 del Codice Civile; ciò che era necessariamente imposto dalle esigenze del commercio, il quale vive e fiorisce della sicurezza e tempestività dell'adempimento degl'impegni nelle precise epoche convenute, potendo una dilazione conceduta discrezionalmente dal giudice divenir causa di danni gravissimi.

La terza (art. 42) dichiara, che nel caso di cessione di un diritto derivante da atto commerciale non ha luogo il *retratto litigioso*, di cui è parola negli art. 1546, 1547 e 1548 del Codice Civile. Questa disposizione contro un istituto, oggidì da molti stimato ingiusto e dannoso anche nel diritto civile, fu suggerita

dalla giusta considerazione che tutto ciò che è incerto e risolubile rende precario il diritto, paralizza la libera disponibilità, e quindi crea impacci ed ostacoli, i quali possono rallentare e diminuire le operazioni commerciali. (Pag. 149 e 150).

20. Negli art. 43 a 52 dell'attuale Progetto (44 a 53 del Codice) si contengono le disposizioni intorno ai « mezzi di pruova delle Obbligazioni Commerciali ».

Speciali considerazioni occorrono intorno alla fede dovuta ad alcuni di questi mezzi di pruova, cioè i *libri di commercio*, le *note dei mediatori*, i *telegrammi* e la *pruova testimoniale*. Gli altri sono regolati da' principii stessi del diritto civile. (Pag. 151).

21. L'autorità dei Libri di Commercio non fu mai posta in dubbio; fu soltanto quistione intorno al grado di pruova che dovevasi loro attribuire.

Nel Digesto non trovasi alcuna disposizione comune a tutti i Libri de' commercianti (1); ma in ispecie ai libri degli *argentari* è accordata piena fede, secondo alcuni, perchè le loro funzioni, senza esser pubbliche, avevano per causa l'interesse pubblico, *publicam causam*, ed erano quindi protette dalla pubblica autorità, *publica auctoritate* (2).

Soltanto nel Medio-Evo sorge la teoria, che i Libri dei commercianti, regolarmente tenuti, debbano far pruova, tanto contro di essi che in loro favore, almeno quando siano confermati dal giuramento di chi li invoca (3).

(1) Da alcuni luoghi delle orazioni di Cicerone Pro Roscio e Contra Verrem risulta, che i Libri di Commercio potevano bensì essere prodotti in giudizio, ma costituivano soltanto una presunzione, o un principio di pruova, e non potevano per sè stessi fare piena pruova del loro contenuto. — « Suum codicem loco testis recitare arrogantia est »; ed altrove: « Homo stultissime et amentissime, tabulas quum conficeres, satis te elapsurum nominis suspicione arbitrabare, si quibus pecuniam credebas, iis expensum non ferres neque in tuas tabulas ullum nomen referres, quam tot tibi nominibus acceptum Curtii referrent? Quid proderat tibi expensum illis non tulisse? An tuis solis tabulis te causam dicturum existimasti? ».

(2) Massé, op. cit., tom. vi, n. 121.

(3) Bartolo, Ad L. Quaedam, § Nummularius ff. De edendo; Baldo, sulla legge Rationem C. De probationibus.

Fin d'allora adunque per i Libri di Commercio facevasi eccezione a quel dettato di ragion naturale, per il quale nessuno può crearsi un titolo a suo favore (1). Si volle da taluno giustificare questa eccezione col supporre un mandato tacito che i commercianti si diano reciprocamente (2); ma la ragione di essa scaturisce spontanea dalle abitudini e dalle necessità stesse della vita commerciale. Infatti per la semplicità della forma e la celerità delle operazioni mercantili non è sempre possibile procurarsi un titolo perfetto, che possa valere come prova sicura dell'affare conchiuso. D'altra parte non v'è nulla a temere, perchè ciascun commerciante tiene i suoi Libri, e con essi prova a suo favore, quindi i Libri di Commercio fanno fede anche l'uno contro dell'altro, si sorvegliano e si riscontrano a vicenda: « la partie est égale, come dice MASSÉ, les énonciations des livres respectifs se contrôlent l'une par l'autre (3) ». (Pag. 152 e 153).

22. La forza probante dei Libri di Commercio può considerarsi sotto tre aspetti:

1° Fra commercianti, in materia commerciale per ambedue le parti:

2° Fra commercianti, in materia commerciale soltanto per una delle parti;

3° Fra commercianti e non commercianti. (Pag. 153).

23. Fu già innanzi accennato come alcune legislazioni prescrivano a' commercianti la tenuta di alcuni *determinati* Libri. Ora

(1) Exemplo perniciosum est ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit (L. 7 Cod. De probat).

(2) Qui cum iis contrahunt scire debent mercatores necessitate teneri hos libros conficere, nec alias probationes habere quam per scripturam proprii codicis rationum; unde videntur qui negotiantur cum iis mandare ipsis ut data et accepta scribant. (MARQUARDUS). STRACCA, Pars II, n. 65; CASAREGIS, Disc. XXV, n. 55. — Le marchand, quand il porte une opération sur ses livres, est, en quelque sorte, le mandataire de celui avec qui il a traité, et le livre où l'opération a été mentionnée devient un titre commun aux deux parties. Voilà, si je ne me trompe, le fondement légal et rationnel de l'autorité qu'il convient d'accorder aux livres de commerce. (MASSÉ, op. cit., vol. VI, n. 125).

(3) MASSÉ, op. cit., ivi.

sorgendo controversia fra commercianti, in materia commerciale per ambedue le parti, parrebbe che quelle legislazioni dovessero accordare ai Libri di Commercio piena fede; imperocchè chi ottempera a tutte le ingiunzioni della legge, ha diritto di essere intieramente guarentito da essa (1). Però siccome un libro potrebbe essere apparentemente regolare, e nascondere invece qualche inganno, o esservi luogo a ragionevoli sospetti di mendaci annotazioni, il legislatore senza coartare la credenza del magistrato, gli lascia ampia facoltà di apprezzamento, acciò non si verifichi il caso che egli, costretto dalla disposizione di legge, debba giudicare contro il suo convincimento desunto da altri legittimi mezzi di pruova. Ed infatti il Codice vigente (art. 21) stabilisce che i Libri di Commercio, tenuti regolarmente, *possono* (non *debbono*) essere ammessi in giudizio per servire di pruova fra commercianti in materia commerciale (2). E la stessa disposizione è mantenuta nell'attuale Progetto (art. 47 di esso e 48 del Codice).

È avviso di molti scrittori, che questa disposizione si estenda anche ai Libri non obbligatorii per legge, ma meramente facoltativi, dacchè la legge non distingue, e parla generalmente di Libri di Commercio; purchè però questi Libri ausiliari non siano in contraddizione coi Libri obbligatori (3), e non manchino i Libri pre-

(1) Così dispone il Codice Brasiliano (art. 23).

(2) Tale disposizione leggesi anche nel Codice Francese (art. 12), nel Codice Portoghese (art. 224 e 948) e nella Legge Belga (art. 20).

Il Codice Germanico (art. 24) dice che nelle controversie fra commercianti in materia di commercio, i libri debitamente tenuti forniscono una prova incompleta, che può rendersi piena col giuramento o con altri mezzi di prova.

Il Progetto Svizzero (art. 20) dispone che quei libri i quali presentano uno stato completo ed esatto degli affari d'un commerciante e della sua condizione finanziaria, costituiscono, così fra commercianti come fra non commercianti, un principio di prova che può essere completata.

Però tanto l'un Codice che l'altro si affrettano a soggiungere che il giudice ha sempre diritto d'attribuire ai libri una fede maggiore o minore, secondo il libero suo criterio.

(3) Massé. op. cit., n. 75; Vincens, tom. I, pag. 271; Locré, sull'art. 12 del Cod. di Comm.; Pardessus, vol. I, n. 258; Delamarre et Lepoitvin, vol. I, n. 287; Alauzet, vol. I, n. 70; Bedarride, Des commerçants, n. 241.

scritti dalla legge, perchè gli ausiliari non possono supplire alla inesistenza di essi, ma giovano solo a spiegarne ed a svolgerne le indicazioni (1). (Pag. 153 a 155).

24. I Libri di Commercio fanno fede a favore di chi li tenne, se sono regolarmente tenuti, e contro di lui, anche se tenuti irregolarmente (2); ma, come la confessione giudiziale o stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi la fa (3), così colui che vuol trarre vantaggiò dai Libri di Commercio, non può scinderne il contenuto, accettandone una parte e respingendo l'altra (4). È fuori controversia che se l'altra parte non ha bisogno di fondare il proprio assunto sui Libri dell'avversario commerciante, e non intende trarne vantaggio, perchè la pruova del suo diritto risulti da altro titolo o mezzo di pruova, il principio della inscindibilità della fede dovuta ai Libri non può avere applicazione. Oltre a ciò, alcuni restringono l'efficacia di questo principio al solo caso in cui le partite e le enunciazioni siano fra loro legate per ragione di connessità (5); ma la *facoltà* data al giudice di ammettere la pruova derivante da' Libri di Commercio permetterà che egli col

(1) Il faut observer que tous ces livres tenus seulement pour la commodité et la plus grande clarté dans les affaires, ne sont considérés que comme des fractions du livre-journal, dont ils ne doivent servir qu'à corroborer les énonciations. (Devilleneuve et Massé, Rép. V. Livres de commerce, n. 6 e 21); Namur, vol. I, n. 218.

(2) Codice vigente (art. 23).

(3) Codice Civile (art. 1360).

(4) Codice di Commercio (art. 23), Codice Civile (art. 1329), Codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay (art. 76), Codice Portoghese (art. 949).

La Ruota di Genova giudicava: « Petens exhibere libros tenetur eis stare »; ed ancora: « Pronunciatum fuit standum esse tam pro quam contra, justa communiter notata per doctores » (Decis. 49, n. 2).

(5) Saepius disputari contingit an libri eorumque partitae possint pro una parte acceptari et pro altera respui, et regula est negativa... Quod tamen intelligitur, ubi partitae sunt connexae, hoc est quod contineant unam eademque causam, unaque veniat ad qualificationem vel perentionem alterius (Ansaldus, Disc. gen., n. 150). — Fra i moderni il Massé scrive: « Il est bien évident que cette indivisibilité n'a lieu que relativement à des articles ou à des énonciations connexes, et qui ont rapport à la même affaire » (vol. VI, n. 130).

suo criterio, tenendosi lontano dalle estreme sentenze, ed estimando le circostanze, mantenga la regola della inscindibilità nei limiti d'una connessione qualunque di affari o di persone. (Pag. 155 e 156).

25. Del pari è pacifico che i Libri facciano fede, ancorchè i due commercianti, o l'uno di essi, abbiano cessato dal commercio nel momento della controversia, qualora trattisi di fatti commerciali che si riferiscano al tempo in cui essi esercitavano il commercio (1). Quindi i Libri di un fallito possono far fede contro di lui, come a di lui favore, per le operazioni precedenti allo stato di fallimento (2). (Pag. 156).

26. La disposizione testuale dell'art. 21 (Codice di Commercio del 1865), confrontata con quella dell'art. 1328 del Codice Civile, di cui appresso faremo parola, restringe la fede dei Libri di Commercio ai soli affari *tra commercianti in materia di commercio*. Era questa benanche l'antica dottrina della scuola Italiana (3). Quindi se tra due commercianti ebbe luogo un atto civile, come una divisione d'eredità, la locazione di una abitazione, e simili, tuttochè se ne trovi nota nei loro registri mercantili, questi non possono far pruova, ma al più fornire semplici presunzioni, ove

(1) Libri mercatorum probant, licet de eis disputatur quando scribens non est amplius mercator (ANSALDUS, disc. gen. n. 125). — Sembra che BARTOLO abbia sostenuto il contrario (Sulla legge 5, § 3 ff. de iure immun.), ma la sua opinione non fu accettata nè dagli scrittori italiani, nè da' tedeschi. KLEIN nella sua monografia: « De probatione quae fit per libros mercatorum » scrive: « Non dubito mercatorem antea negotiari solitum, in presenti vero a mercatura cessantem, nihilhominus mercatorem esse dicendum, adeoque libros ipsius probare, aliisque privilegiis mercatoribus concessis plenissime uti posse. Quod quoad inscripta tempore quo negotiis operam navabat simpliciter procedit » (Pars. 14, n. 17).

(2) Corte d'Appello di Milano 12 giugno 1876 — VIDARI, op. cit., vol. I, pag. 286, n. 219.

(3) Statutum concedens fidem libris mercatorum intelligitur dumtaxat circa spectantia ad mercaturam. (ANSALDUS, disc. gen., n. 105 e 106). Libri apothecae probant solum in eis quae pertinent ad apothecam et mercaturam, non vero dotem. (CASAREGIS, Disc. 104. n. 50).

si tratti di materie e valore in cui sia ammessibile la pruova testimoniale.

Che se l'atto passato *fra due commercianti* abbia natura civile soltanto per uno di essi, come quando egli abbia comperato derrate pel consumo della sua famiglia da chi esercita il commercio della loro vendita, poteva dubitarsi se i Libri di Commercio facessero pruova soltanto nell'interesse del contraente che fece atto commerciale, con ingiusta diseguaglianza e talvolta a danno dell'altro. Ma il dubbio può reputarsi tolto dal nuovo Progetto, il quale, come appresso vedremo, stabilisce che anche quando un atto sia commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono, per ragione di esso, soggetti alla legge commerciale, sempreché manchino disposizioni della legge in contrario (1). (Pag. 156 e 157).

27. Rimane da ultimo a determinare qual valore abbiano i Libri di Commercio fra commercianti e non commercianti. In Francia gli scrittori concordemente riconobbero non potere i Libri di Commercio avere eguale autorità in rapporto a questi ultimi (2). Senonchè, negandosi assolutamente ai Libri de' commercianti ogni fede in tal caso a loro favore, non di rado si troverebbero privati dell'unico mezzo di provare le somministrazioni che essi facciano ai non commercianti, e che nella pratica del commercio hanno luogo sovente senza altro documento scritto.

Perciò l'art. 1328 del Codice Civile, risolvendo la controversia solo per questo caso speciale delle *somministrazioni* fatte da commercianti a persone non commercianti, dispose che i Libri non fanno fede per loro soli di tali somministrazioni, « ma possono au-

(1) Ved. appresso n. 38.

(2) On sent que l'autorité des livres de commerce doit être plus grande entre deux marchands, dont les écritures se servent de contrôle réciproque, qu'entre un marchand et un particulier, puisque ce dernier ne pourrait se défendre à armes égales, n'ayant pas habituellement de registres, et ne pouvant pas même en tenir qui fassent foi en sa faveur. BONNIER, Des preuves, n. 627.

Questa teorica fu svolta in Francia da illustri scrittori: PARDESSUS, I, n. 257; TOULLIER, tom. VIII, n. 368; DURANTON, tom. XIII, n. 196; MALEVILLE, sull'art. 1329; MERLIN, Rép. V. Preuve; MASSÉ, vol. VI, n. 128.

torizzare il giudice a deferire il giuramento all'una o altra parte ». Ora siccome il giuramento di ufficio non può essere ordinato dal giudice, se non quando la domanda, senza essere pienamente provata, non è destituita di ogni elemento di pruova (1), è evidente che la legge ha voluto che i Libri di Commercio costituissero una semiprova contro i non commercianti (2).

Questa disposizione adunque completa le regole intorno all'applicazione dell'art. 47 dell'odierno Progetto. (Pag. 157 e 158).

28. La legge obbliga i mediatori a tenere certi Libri speciali. Intorno al grado di pruova di questi Libri, e delle copie o note rilasciate dai pubblici mediatori, vi hanno tre sistemi legislativi.

Il primo sistema, adottato da' Codici Portoghese (art. 105) e Brasiliano (art. 52), attribuisce piena fede ai Libri del pubblico mediatore ed alle copie, senza che sia richiesta veruna sottoscrizione delle parti contraenti (3).

(1) Codice Civile, art. 1375.

(2) Alcune legislazioni stabiliscono che i Libri de' commercianti regolarmente tenuti, fanno pruova eziandio in confronto di persone non commercianti, rispetto alla natura e quantità delle somministrazioni in essi notate, quando sia provato che il commerciante era solito a fare alla parte avversaria tali somministrazioni a credito, ed egli confermi la sua domanda con giuramento. Così appunto dispongono il Codice Portoghese (art. 932), il Codice Brasiliano (art. 23, n. 3), il Codice Napoleone (art. 1329 e 1330), il Progetto Svizzero (art. 20) e gli articoli 49 e 20 della Patente di promulgazione del Codice di Commercio Tedesco in Austria.

(3) Anche nell'antica dottrina commerciale italiana non si applica l'identica regola ai Libri speciali dei mediatori ed a quelli comuni a tutti i commercianti, quanto alla fede ad essi dovuta. I Libri del mediatore facevano piena prova in giudizio qualora le loro enunciazioni fossero confermate col suo giuramento, come attestano gli scrittori del tempo. « Cui (all'agente di cambio) tanta ex munere fides adhibetur a jusdicentibus, ut cujuscumque ex eis dictum juramento vallatum, notulaque in liberculis quibusdam per ipsos compositis plenam inducant probationem, circa celebrationem cambiorum eorumque pretia et pacta conventa, contra quoscumque recusantes mercatores (RAFFAELLO DE TURRI, De camb., disp. 1, quaestio 2, n. 9). — Ma tale forza probante era accordata soltanto a quei Libri dei mediatori, che fossero tenuti nei modi dalla legge prescritti, non del pari a quei Libretti informi, sui quali scrivessero annotazioni

In un secondo sistema, che è quello del Codice Germanico (art. 77 e 78), i Libri tenuti regolarmente da' mediatori e le copie fanno pruova di regola della conclusione del contratto e delle sue condizioni; ma il giudice, ponderate tutte le circostanze, può decidere se ad essi si debba attribuire minor fede, se sia necessario il giuramento del pubblico mediatore od altra pruova completiva, e in particolare se il rifiuto di una parte a ricevere o a sottoscrivere la copia abbia importanza nella decisione della controversia.

Il terzo sistema è quello accolto nel vigente Codice Italiano (art. 48 e 49), e che fu accettato anche nel Progetto preliminare (art. 35 e 36). — In essi è stabilito che « le copie spedite dai pubblici mediatori, quando siano munite della firma delle parti autenticata dal mediatore, fanno piena prova in giudizio », e che « quando la convenzione non sia interamente negata i Libri dei pubblici mediatori possono essere ammessi a far prova tra le parti delle condizioni della medesima ». L'autorità giudiziaria è poi autorizzata ad « aver riguardo anche alle note ed alle copie non firmate dalle parti, rimesse dal mediatore alle medesime secondo l'art. 46 » (1).

Nell'esame di queste disposizioni la Commissione speciale, che

di ricordi. « Nullam probationem facit alter liber qui dicitur mensualis, videlicet inscriptus memoriae causa quive etiam juxta varias consuetudines et regiones denominatur *vachetta* seu *stracciafoglio*, non obstante etiam quod vigore statuti, aut consuetudinis praecipiatur fidem libris adhiberi (Ansaldus, Disc. gen., n. 155; V. anche Rota di Genova, Decis. 1, n. 19 e seg.).

L'antica giurisprudenza francese (Decisione del Consiglio di Stato del 24 settembre 1724) non era diversa, e reputava autentiche le enunciazioni dei Libri dei mediatori quando fossero confermate dal loro giuramento davanti la giustizia. Ma le nuove leggi non riprodussero le antiche disposizioni, e dall'art. 109 del Codice di Commercio dispiesi che i contratti di compra-vendita commerciale si provano anche colle note dei mediatori, purchè siano sottoscritte dalle parti contraenti.

(1) Art. 46 capov. del Codice vig. (del 1865): « I pubblici mediatori devono dare alle parti, sulla loro richiesta, una copia del contratto da essi firmata, nei termini medesimi in cui fu posto a registro; faranno firmare questa copia alle parti, se queste vi consentono, autenticandone la firma ».

nel 1872 fece gli studi sull'ordinamento delle Borse di Commercio e della pubblica mediazione, rilevò (1) non senza fondamento che esse sono apparentemente inspirate da un senso di diffidenza, ch'essa non crede giustificato quando si rifletta che la legge richiede nei pubblici mediatori pruove non dubbie di onesta capacità, e li assoggetta a gravi doveri e responsabilità. Perciò la Commissione medesima propose, che si dovesse attribuire *piena pruova* in giudizio alle copie spedite e sottoscritte dai pubblici mediatori, anche senza la sottoscrizione delle parti, e che eguale forza probante dovesse attribuirsi ai Libri loro, senza restringerla al solo caso che « la convenzione non sia interamente negata ».

Nel IV Congresso delle Camere di Commercio questa proposta non trovò plauso nella sua generalità, ma fu accolta rispetto ai soli agenti di cambio (2), perchè si ritenne che le maggiori guarentigie richieste per l'esercizio di questa specie di pubblica mediazione bastino ad eliminare i pericoli temuti dalla legge vigente; e fu respinta per riguardo agli altri mediatori pubblici, che presentano guarentigie minori.

Nella compilazione del Progetto definitivo non è sembrato opportuno fare una scelta definitiva tra questi sistemi, dappoichè, come si è detto, l'ordinamento dell'istituto dei mediatori, e la determinazione delle guarentigie da richiedersi da coloro cui vogliansi concedere prerogative speciali, non sono oggetto delle disposizioni del Codice di Commercio, ma furono riserbate ad una legge speciale.

Venne tuttavia apportata notevole mutazione al Progetto preliminare, facendo ragione alle giuste critiche innanzi enunciate della Commissione e del Congresso. Imperocchè, eliminando la rigida condizione, che le note dei mediatori debbano portare la sottoscrizione delle parti per meritar fede, e l'altra che la convenzione non debba dalle parti essere negata, è sembrato che non sarebbe pregiudicata per l'avvenire la scelta tra i menzionati sistemi, affidandosi intanto il legislatore alla potestà discrezionale del magi-

(1) Relazione citata, pag. 78 e seg.

(2) Atti del IV Congresso (Roma, 1875), pag. 104.

strato. Quindi l'obbligo di tenere i libri occorrenti venne nell'art. 32 imposto a tutti coloro che esercitano la professione di mediatore, senza distinguere le loro specie, e se siano o non siano abilitati specialmente a determinate funzioni: così il giudicare della forza probante, di cui siano meritevoli le loro copie ed i loro libri, venne rimesso all'equo e prudente criterio del giudice, a cui incombe di apprezzare tutte le circostanze; e tale è appunto il concetto dell'art. 51 del Progetto odierno. (Pag. 158 a 161).

29. Essendosi aggiunti i telegrammi nell'enumerazione dei mezzi di pruova delle obbligazioni e delle liberazioni commerciali, era necessario provvedere su tale argomento colle nuove disposizioni che veggonsi formolate negli art. 44, 45 e 46 del Progetto attuale.

I telegrafi e le ferrovie sono omai divenuti i più possenti istrumenti del commercio mondiale. L'applicazione abituale di codesti maravigliosi mezzi di comunicazione ha fatto nascere nuovi rapporti di diritto, che la legislazione non può più oltre trascurare di regolare a causa dei gravi e numerosi interessi che ne dipendono.

Il telegrafo è divenuto negli ultimi anni non solo il mezzo per unire in continua comunicazione i più lontani paesi, per mantenere le relazioni officiali fra gli Stati, e per compiere i più gravi uffizi pubblici; ma esso è il mezzo altresì, di cui il commercio si giova generalmente per la conclusione dei più importanti contratti, e per l'eseguimento delle grandi e delle piccole speculazioni. Le quistioni giuridiche, economiche ed amministrative, che s'incontrano nello studio delle relazioni derivanti dall'applicazione dei telegrafi, s'insinuano in tutte le diramazioni della scienza del diritto, e la letteratura nazionale e straniera ha già somministrato non iscarso tributo di utili osservazioni (1).

(1) Appena si cominciò ad applicare il telegrafo ai negozii giuridici, i giureconsulti lo fecero oggetto dei loro studii, e noi Italiani fummo tra i primi a considerare il telegrafo nelle sue relazioni giuridiche. — Dopo il Bosellini, che primo trattò questo argomento, il Serafini colla sua pregevolissima Monografia « Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale » condusse questo ramo di studii a quel grado di perfezione che la scienza e la pratica potevano desiderare. — Possono anche rammentarsi il Panattoni, Ap-

Nel seno della Commissione legislativa che fu incaricata della ultima revisione del nostro Codice Civile, io stesso non mancai fin da quell'epoca di richiamare l'attenzione dei legislatori su questo argomento, acciò venisse regolato con opportune disposizioni. Rinnovai la stessa proposta nel 1869 nel seno della Commissione che preparò il Progetto preliminare del Codice di Commercio (1). Ma gli egregi uomini che componevano quei dotti consessi, senza disconoscere l'opportunità della proposta, si astennero dall'adottarla, reputando ancora troppo discrepanti le opinioni ed immaturi gli studii.

Autore di tali proposte, vincolato dai precedenti ed incoraggiato altresì dai vivi eccitamenti manifestati da parecchie Camere di Commercio (2), nella compilazione del Progetto definitivo non ho potuto declinare l'arduo còmpito e la responsabilità di riassumere ciò che può reputarsi consentito e sicuro negli studii finora consacrati all'argomento, e quindi ho tentato determinare le norme giuridiche per riempiere una lacuna che tuttora si deplora nelle altre codificazioni.

pendice alla Memoria del BOSELLINI. — SALIS, Sulla efficacia delle convenzioni contratte per telegramma (Circolo giuridico VI, 1875). — BORSARI, Commenti al Codice di Commercio, n. 382-387. — GIORGI, Teoria delle obbligazioni, vol. III, n. 181-186 e 276-282.

Anche in Germania non pochi giureconsulti dedicarono la loro dottrina allo studio giuridico del telegrafo e sono: BUSCH, Noch ein Beitrag zum Telegraphenrecht. — FUCHS, Einige Fregen ans dem Telegraphenrechte. — KOCH, Studien über Telegraphenrechte. — MITTERMAIER, Das Telegraphenrechte nach dem Ergebnisse der neusten Forschungen mit besonderer Rücksicht auf die Schrift von SERAFINI; e Ueber die rechtliche Redeutung telegraphischer Mittheilungen ecc. — MEILI, Das teleghraphen Recht. — REYSCHER, Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht ecc. — STUBENRAUCH, Der elektrische Telegraph in privatrechtlicher Beziehung. — FISCHER, La Telegrafia ed il gius delle genti.

In Francia scrissero su questa materia: ROUSSEAU, Traité théorique et pratique de la correspondance. — HEPP, De la correspondance privée postale ou télégraphique etc. — BONNEVILLE DE MARCHANGY, De la télépraphie électrique dans ses rapports avec le droit commercial.

(1) Verbali della Commissione 1869, n. 109.

(2) Vedi le Osservazioni delle Camere di Commercio di Brescia, Pavia, Potenza, ecc. (Sunto pag. 64).

Ma essendo in Italia i telegrafi quasi esclusivamente esercitati dallo Stato (1), ed avuto riguardo ai limiti entro i quali è racchiusa la materia legislativa appartenente al Codice di Commercio, ed alle difficoltà che si oppongono ad un completo svolgimento dei principii e delle controversie su questa materia, non mi parve poter dare alle relative disposizioni tutta l'estensione corrispondente alla vastità ed all'importanza del soggetto. Volli soltanto evitare la troppo grave censura che avrebbe meritato un nuovo Codice di Commercio Italiano, studiato e proposto in questi tempi, se almeno sotto qualche aspetto, le relazioni di diritto commerciale derivanti dalla corrispondenza telegrafica non fossero da esso prese in considerazione.

Io mi sono quindi proposto di stabilire chiaramente quale sia l'efficacia giuridica del telegramma come mezzo di pruova del suo contenuto, di dettare qualche norma intorno alle conseguenze degli errori, delle alterazioni e dei ritardi che possono e non di rado sogliono avvenire nella trasmissione dei telegrammi, ed infine di estendere l'utilità del telegrafo, autorizzando nelle materie commerciali l'uso di un tal mezzo per la trasmissione di dichiarazioni e consensi giuridicamente validi. Nel silenzio assoluto che serbano le legislazioni dei più colti paesi intorno a questo istituto, comunque già entrato nelle abitudini universali ed inteso a sempre più generale applicazione, il Codice Italiano avrà almeno il merito di un primo tentativo per la determinazione dei principii ai quali si possa ricorrere quando se ne presenti il bisogno. (Pag. 161 a 164).

(1) Sebbene in Italia non esistano Società private allo scopo esclusivo di esercitare il servizio telegrafico, vi sono però i telegrafi delle Società Ferroviarie, che sotto certe condizioni trasmettono anche dispacci privati. Tali sono le Ferrovie dell'Alta Italia, le Meridionali, le Romane, le Sarde, le linee Torino-Ciriè, Torino-Rivoli e la Società delle miniere di Monteponi. — Vi hanno anche alcune linee sottomarine di proprietà di altre amministrazioni. Così Livorno-Corsica e Sardegna-Corsica che appartengono al Governo Francese; Sicilia-Malta, Otranto-Corfù della Compagnia Mediterranea *Extension;* Calabria-Sicilia, Otranto-Alessandria d'Egitto e Orbetello-Sardegna della Compagnia Inglese *Eastern-Telegraph.*

30. Gravi incertezze dividono gli autori nel definire la natura giuridica del telegramma.

Taluno considerò il telegramma come un autografo del mittente, pareggiandolo ad una lettera scritta e firmata dall'autore del dispaccio, anche quando esso in realtà non porti la di lui autografa sottoscrizione, e non dubitò di affermare che questa opinione si fonda sulla presunta volontà del mittente, *il quale vuole che il telegramma venga considerato come autografo, poichè solo a questa condizione può raggiungere lo scopo* (1).

Ma molti altri (2) combatterono felicemente questa teoria, accennando al processo con cui nella vita reale suole avvenire la trasmessione del telegramma, e negando ogni presunzione di volontà del mittente, perchè dal semplice fatto che taluno per contrattare siasi posto in comunicazione con un assente per mezzo del telegrafo, altro non si può dedurre se non che il mittente ha sperato nella fedeltà del telegramma. Questi scrittori opinano invece, che il telegramma è una copia del dispaccio autografo; mentre il Serafini è di contrario avviso, perchè il telegramma manca di tutti i requisiti di una copia, e perchè gli impiegati presso le stazioni intermedie e presso quella di arrivo non hanno veduto l'originale.

Altri autori trascorrono fino ad attribuire al telegramma la qualità di *documento pubblico*, considerandolo come copia *autentica* del dispaccio originale (3).

Ma fu osservato con ragione, che non tutti gli impiegati hanno fede pubblica, e che inoltre non basta la qualità in genere di pubblico ufficiale per attribuire pubblica fede a qualsiasi documento, senza una speciale competenza conferita dalla legge. Di più il notaro raccoglie direttamente dalle parti la loro volontà, e quindi attesta cose le quali accadono alla sua presenza. Ma il telegrafista della stazione d'arrivo, il quale copia il telegramma da consegnarsi al destinatario, non ha veduto il mittente, nè può attestare essere

(1) Fuchs e Stubenrauch, op. cit.

(2) Bosellini, Mittermaier, Reischer, Hepp, Borsari e Giorgi, op. cit.

(3) Bosellini, Serafini, Mittermaier, Hepp e Giorgi, op. cit.

costui veramente la persona che ha spedito il dispaccio originale, ignora chi abbia veramente scritto o firmato lo stesso dispaccio originale, e se qualche errore d'interpretazione o di copia abbia alterato la fedeltà del telegramma. (Pag. 164 e 165).

31. Studiata accuratamente la quistione, a me parve innanzi tutto di poter mettere fuori di dubbio, che al telegramma si debba attribuire la forza probante come scrittura privata, tutte le volte che l'originale, esistente presso l'ufficio dal quale è spedito, sia veramente sottoscritto dalla persona indicata nel telegramma come mittente. Così almeno avremo stabilito il principio, che la misura dell'efficacia giuridica di un telegramma dev'essere regolata secondo la natura giuridica dello scritto che determinò l'azione dell'ufficio telegrafico da cui fu fatta la spedizione.

Quand'anche però non possa stabilirsi l'autografia della sottoscrizione del mittente nell'originale consegnato all'ufficio telegrafico, l'efficacia giuridica del telegramma può farsi riposare nella pruova, che realmente l'originale stesso fu consegnato al detto ufficio, o ad esso fatto consegnare, dalla persona indicata come mittente. Questa disposizione mi parve indispensabile per armonizzare i bisogni e le consuetudini del commercio con l'ordinario andamento degli affari, e col modo in cui funzionano gli uffici telegrafici, secondo le leggi e i regolamenti che disciplinano quell'istituzione. E poichè nelle materie commerciali sono facilmente ammessi tutti i mezzi di pruova, e la pruova testimoniale può stabilire quei fatti che non risultino altrimenti provati, credo di avere con questa maggiore larghezza soddisfatto alle usanze della moderna vita commerciale, e ad un tempo costituito un fondamento giuridico abbastanza sicuro per la soluzione delle quistioni che possono sorgere nella varietà dei casi possibili. (Pag. 165 e 166).

32. Ma le necessità derivate dal progresso comune a tutte le istituzioni umane, e i comuni sforzi e studii dei Governi inciviliti hanno arrecato col mezzo delle convenzioni internazionali (1) tali

(1) Veggansi le Convenzioni telegrafiche internazionali conchiuse in Parigi nel 17 maggio 1865, in Vienna nel 21 luglio 1868, in Roma nel 14 gennaio 1872, e in Pietroburgo nel 10-22 luglio 1875.

perfezionamenti nel servizio telegrafico, che possono dai legislatori utilmente esser posti a profitto anche nei rapporti di diritto privato. L'autenticazione della sottoscrizione del mittente, con la pruova della sua personale identità, la facoltà di comprendere nel telegramma anche la legalizzazione della firma, il diritto di spedire telegrammi raccomandati, e di assicurare col mezzo di quell'operazione, che denominano la *collazionatura*, la esatta corrispondenza del testo arrivato all'ufficio di destinazione col testo dell'originale consegnato a quello di spedizione, sono altrettanti mezzi introdotti e disciplinati nei Regolamenti telegrafici, che vengono con sommo vantaggio adoperati dai commercianti, per prevenire gli errori ed i danni, che nell'uso della corrispondenza telegrafica non di rado accadono.

Nell'apprezzamento dell'efficacia delle cautele, che secondo i varii sistemi, a senso delle Convenzioni internazionali, possono essere adottati dai varii Stati congiunti fra loro colla rete telegrafica per accertare l'identità delle persone e l'autenticità delle sottoscrizioni, è però necessario di tener conto di tale diversità, affinchè la soluzione da darsi non offenda i principii dominanti nella nostra legislazione circa la pruova delle obbligazioni. Perciò ho creduto necessario di dichiarare che quando le legalizzazioni e le autenticazioni di sottoscrizioni siano eseguite col mezzo di notaro, debbano applicarsi le regole del diritto comune intorno a codesta specie di pruova ed ai mezzi per impugnarla; mentre allorchè le legalizzazioni, autenticazioni e ricognizioni di persone avvengano con altri mezzi autorizzati dai Regolamenti telegrafici, la prova del contrario è sempre ammessa. (Pag. 166 e 167).

33. Consentendo poi con quasi tutti gli scrittori che sebbene il servizio telegrafico sia presso di noi quasi esclusivamente esercitato dallo Stato, tuttavia gli impiegati che ricevono, trasmettono e consegnano i telegrammi, non sono rivestiti, per l'indole del loro ufficio, del diritto di attribuire al telegramma la forza di pubblico documento, anche in quanto riguarda la data del telegramma, non si ammette a loro favore che una semplice presunzione di verità, che può parimenti distruggersi colla pruova contraria. (Pag. 167 e 168).

34. Passa indi il Progetto a provvedere intorno alle conseguenze e responsabilità degli errori, delle alterazioni o dei ritardi che avvengano nella trasmessione dei telegrammi, il che ha dato luogo a vivissima quistione fra gli scrittori intorno alla natura del contratto che viene a formarsi tra il mittente e l'amministrazione telegrafica incaricata della trasmessione del telegramma.

Alcuni considerano il telegrafista come un interprete (1): altri lo assomigliano ad un mediatore o commissionario (2). Il Serafini nella sua dotta monografia combatte diffusamente queste opinioni ed esprime l'avviso, che il contratto fra il mittente e l'amministrazione telegrafica sia una prestazione di lavoro, una locazione d'opera, che per sua natura meglio si accosta *all'impresa dei trasporti;* e crede quindi che le norme del Codice intorno agl'imprenditori di pubblici trasporti debbansi per analogia applicare agli uffici telegrafici (3).

Giova però avvertire che presso di noi (4), come in altri paesi (5),

(1) Bosellini e Busch, op. cit.

(2) Panattoni e Mittermaier, op. cit.

(3) Convengono col Serafini: Hepp, op. cit., n. 62-67, 71 e 72; Rousseau, op. cit., 392 e 393; Giorgi, op. cit., n. 184.

(4) Regio Decreto 17 aprile 1859, Regolamento per la corrispondenza telegrafica dei privati nell'interno dello Stato, art. 31 e 36. — Regio Decreto 7 febbraio 1861, Regolamento interno di servizio. — Convenzione internazionale pubblicata con Regio Decreto 27 febbraio 1859, art. 5 e 31. — Regolamento 10 dicembre 1865 per la corrispondenza telegrafica nell'interno dello Stato, approvato con Regio Decreto di detto giorno, art. 44. — Convenzione internazionale approvata con Regio Decreto 10 dicembre 1865. — Nuovo Regolamento pel servizio interno dei telegrafi, approvato con Regio Decreto 11 aprile 1875, art. 76: « L'amministrazione telegrafica dello Stato non assume responsabilità materiale verso gli utenti del telegrafo ».

(5) Il Fischer nella sua recente opera: « La telegrafia ed il gius delle genti » (Lipsia 1876) rammenta che il Giornale Telegrafico, organo dell'unione internazionale telegrafica, ha ripetute volte dimostrata l'irresponsabilità dell'Amministrazione, come un jus singolare della telegrafia, generalmente riconosciuto e valido secondo i principii di diritto.

Nei paesi, in cui vi sono Leggi telegrafiche, queste escludono ogni azione d'indennizzo contro l'Amministrazione per danno venuto da non esatta o ritar-

per ragioni di economica convenienza, i Regolamenti telegrafici espressamente sottraggono l'Amministrazione ad ogni responsabilità nel servizio verso i privati, il che non esclude che gli ufficiali telegrafici possano essere responsabili delle conseguenze delle colpe a loro personalmente imputabili, quando abbiano recato danno ai privati (1). (Pag. 168 e 169).

35. Nel Codice di Commercio doveva risolversi la quistione, se i danni cagionati dall'alterazione dei dispacci debbano tornare a carico

data spedizione di telegrammi. Legge Francese del 29 dicembre 1850 (art. 6). — Legge Belga del 1° marzo 1851. — Legge dei Paesi Bassi delli 7 marzo 1852 ed 11 dicembre 1861. — Legge Svizzera del 18 dicembre 1867 (art. 11). — Dove non esistono leggi, vi sono gli ordini (Ordini telegrafici tedeschi, § 6), o regolamenti telegrafici che contengono la medesima disposizione. — Nelle Convenzioni internazionali poi havvi sempre un articolo che esclude ogni responsabilità dell'Amministrazione.

Non mancano scrittori i quali sostengono che questa deroga al diritto comune sia destituita di ogni giuridico fondamento, e specialmente il Meili (op. cit., pag. 206 e seg.) la combatte energicamente.

Alcuni sull'esempio del Reyscher vogliono, che come l'Amministrazione postale, così la telegrafica conceda, dietro riscossione di un aumento di tassa, una data somma per risarcimento dei danni derivanti da alterazioni o ritardi (Fischer nella Cronaca Holtzendorff per la legislazione, pel governo e per l'Amministrazione della giustizia del Regno Germanico, § 441 e seg., pag. 237 e seg. — Ludewig, La telegrafia in rapporto di stato e di diritto privato (Lipsia 1872, pag. 80, 141, 198 e seg.)

Questa idea nella Conferenza telegrafica che ebbe luogo in Roma nel 1872, per iniziativa del Delegato Francese, fu discussa (Proc. verb., pag. 34 e seg., 103 e seg.); e nella Conferenza di Pietroburgo del 1875 furono ammessi i telegrammi raccomandati, ma però con carattere facoltativo (Proc. verb., pag. 126 e seg., 180 e seg. e 223). — In quegli Stati in cui furono introdotti, l'Amministrazione telegrafica paga al mittente, oltre la restituzione della tassa, la somma di 50 lire, quando un telegramma soffra un rilevante ritardo, o per colpa dell'Amministrazione non giunga al suo destino, o se in conseguenza di errori od alterazioni non ha potuto raggiungere il suo scopo. Se la irregolarità è cagionata da forza maggiore, l'Amministrazione restituisce soltanto la tassa riscossa.

(1) Serafini, op. cit., pag. 179, 66, 61 e seg. — Hepp, op. cit., pag. 135 e 136. — Rousseau, op. cit., pag. 397 e seg. — Giorgi, op. cit., n. 186.

del mittente o del destinatario, indipendentemente dalla possibilità del regresso verso l'Amministrazione o verso gli impiegati telegrafici.

Taluno accusa il mittente *ex culpa in eligendo*, perchè sceglie il telegrafo per contrattare con persone lontane, mentre questo mezzo non presenta piena sicurezza; e quindi pone a rischio e pericolo del mittente tutte le alterazioni e gli equivoci che ne derivano (1). Questa teoria non è accettata dal Reyscher, dal Mittermaier, dall'Hepp, dal Serafini e dal Giorgi, perchè l'uso commerciale ha accettato ed anzi preferisce l'impiego del telegrafo per conchiudere importanti contratti ed eseguire imprese ed operazioni mercantili, perchè molte volte mancherebbe il tempo di valersi di un altro mezzo, inutile allo scopo per la sua lentezza, e perchè spesso il male può derivare piuttosto da colpa del ricevente, il quale eseguisca con precipitazione, e senza adoperare certe precauzioni che la prudenza suggerisse (2).

Altri opina che quando anche non si possa elevare a colpa la scelta del mezzo di comunicazione, ad ogni modo il mittente ha sempre il torto di aver omesso di far *collazionare* il dispaccio. Ma questa precauzione potrebbe sembrare eccessiva in tutti i casi, e d'altra parte dovrebbe essere obbligatoria per entrambi i corrispondenti, e perciò anche per il destinatario, essendo libero all'uno come all'altro di servirsene.

Jhering enuncia come un principio, che ogni contraente ha il carico di manifestare da sè la propria volontà, e di farla esattamente conoscere all'altro, e quindi conchiude che « chi per contrattare si serve di terze persone, lo fa a tutto suo rischio e pericolo », quasi elevando a colpa l'uso di un intermediario qualunque (3). Questa teoria facilmente si riconosce contraria al diritto positivo ed agli

(1) Rousseau, 89, 92, e così il Tribunale di Colonia nella famosa causa Oppenheim e Weiller, decisione del 4 aprile 1856, citata dal Serafini, pag. 120. (Vedi il Considerando a pag. 137). — Anche il Tribunale della Senna con sentenza 28 maggio 1857.

(2) Hepp, op. cit. Serafini, pag. 140.

(3) Jhering, op. cit.

stessi principii di giustizia naturale: essa renderebbe impossibile le contrattazioni con persone lontane (1).

Taluno vorrebbe distinguere i contratti eseguibili senza espressa accettazione, da quelli nei quali è necessaria; e soltanto per i primi farebbe sempre ricadere sul mittente le conseguenze dell'alterazione, partendo dalla presunzione che esso abbia voluto assumere tutti i rischi prevedibili, come inerenti al mezzo di comunicazione prescelto (2).

In tanta discrepanza di pareri, ho dovuto considerare, che quando avviene un'alterazione di qualunque sorta in un telegramma, o un ritardo nel suo arrivò, possono avervi dato causa o la colpa del mittente, o la colpa dell'Amministrazione telegrafica, o anche la colpa del destinatario, e talvolta l'avvenimento deriva interamente, senza colpa imputabile a chicchessia, da un puro caso fortuito o da impedimento di forza maggiore. Trattasi quindi di una quistione di fatto; e però sarebbe cosa molto pericolosa che la legge stabilisse principii assoluti e rigorosi su di una materia che non ne è suscettiva, rammentando quanto spesso « modica differentia facti magnam inducit differentiam juris ». Laonde il legislatore è condotto a riconoscere, che le quistioni intorno alle conseguenze ed alle responsabilità per errori, alterazioni e ritardi avvenuti nella trasmissione dei telegrammi, debbano essere decise di caso in caso dall'equo e prudente discernimento del giudice, determinato da un attento esame di tutte le circostanze, e facendo applicazione dei principii generali del diritto intorno alla colpa ed alle sue conseguenze. Tale è la disposizione dell'art. 45 del Progetto (46 del Codice).

Senonchè giovando sopratutto che tali inconvenienti siano preveduti, al quale scopo le istituzioni vigenti offrono, come si accennò, utilissimi mezzi, a me parve che la legge farebbe opera utile, se contribuisse coi suoi dettami a promuovere e rendere, per quanto è possibile, più comune nelle relazioni commerciali l'uso di quelle

(1) Serafini, pag. 147; Sintenis, Civilrecht II, § 96, nota 18 a; Buson, op. cit.; Giorgi, n. 275.

(2) Borsari, op. cit., n. 307 e seg.

provvide cautele. Perciò reputai opportuno di scrivere nel Codice la disposizione dell'art. 45 la quale presume esente da colpa il mittente di un telegramma, sempre che egli abbia usato, per la esatta trasmessione di esso, le cautele permesse dai vigenti regolamenti telegrafici. (Pag. 169 a 172).

36. Da ultimo ho anche ricercato, se potesse senza danno estendersi al commercio l'uso della pruova telegrafica per trasmettere con tal mezzo prontamente in luoghi lontani consensi e dichiarazioni che debbono produrre effetto, specialmente in giudizio.

Non ho certamente mestieri di rammentare quanto sovente accada, sia nei rapporti della vita ordinaria commerciale, sia nelle contestazioni giudiziarie, e specialmente nei processi di fallimento, che il bisogno di ottenere dalle parti in forma autentica certe dichiarazioni, consensi, od autorizzazioni, ritardi ed inceppi il corso regolare degli affari. La convenienza di semplificare in queste materie quelle formalità, che sono inevitabili negli affari civili, è riconosciuta anche dalle leggi vigenti, e, per accennare un solo caso, ricorderò la speciale facoltà concessa ai litiganti, che devono comparire dinanzi ai Tribunali di Commercio, di scrivere in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione il mandato speciale di cui dev'essere munito il loro procuratore (art. 395 del Codice di Procedura Civile). Dacchè pertanto le istituzioni telegrafiche permettono l'invio di telegrammi con sottoscrizioni autenticate da notaro, ho pensato che a prevenire ogni dubbio sull'efficacia di così fatte dichiarazioni, un testo espresso di legge possa riuscire di grande utilità nella pratica, ed a questo fine propongo la disposizione dell'art. 46 (47 del Codice).

Per tal modo io credo di avere almeno in parte soddisfatto i voti delle Camere di Commercio, le quali deploravano che nel Progetto preliminare non si facesse parola degli effetti giuridici e del valore probatorio del telegramma, e che questo fecondo trovato della scienza rimanesse inutile e negletto nella riforma dei Codici. (Pag. 172 e 173).

37. Rimane a parlare della *pruova testimoniale*.

Questo mezzo di pruova, generalmente ammesso nelle società in

cui la scrittura è privilegio di pochi, per la necessità di ricorrere alla testimonianza degli uomini che conservano memoria dei fatti e delle convenzioni, nel progresso dei tempi si restringe, e dai legislatori è guardato con diffidenza, a misura che si diffondono la conoscenza e l'uso dello scritto, e che l'esperienza ammonisce dei pericoli di frequenti ed interessati mendaci.

Perciò la pruova testimoniale, liberamente ammessa nell'antico Diritto Romano, cominciò nell'ultimo periodo imperiale a ricevere limitazioni ed eccezioni. E parimenti in Francia, prima cominciò eccezionalmente ad introdursi la prevalenza della pruova scritta sulla pruova orale dall'ordinanza di MOULINS del 1566 e da quella del 1662, finchè l'art. 1341 del Codice Civile Francese prescrisse, che tutte le convenzioni per un valore superiore ad una certa somma (150 franchi) dovessero farsi per atto pubblico o per scrittura privata, e dichiarò non ammessibile la pruova testimoniale contro od in aggiunta al contenuto di un atto scritto, e sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o dopo del medesimo, quando anche l'oggetto del documento fosse di valore minore della somma suddetta.

Ma questi principii non potevano applicarsi anche nella materia commerciale, dove la buona fede, che è l'anima del commercio, il bisogno e l'uso, richiedono negli affari rapidità e semplicità di forme, ed assai spesso mancano la possibilità o il tempo di elevare documenti formali. La pratica perciò fece dell'ammessione della pruova testimoniale, che è una eccezione in materia civile, la regola in materia commerciale, e la legge vi si uniformò. Infatti il capoverso del citato art. 1341 del Codice Civile Francese fa *salve le disposizioni delle leggi commerciali*, mentre l'art. 109 del Codice di Commercio accorda al giudice la facoltà di ammettere la pruova testimoniale senza distinzioni e limiti.

Gli scrittori e la giurisprudenza, confrontando l'art. 1341 del Codice Civile coll'art. 109 del Codice di Commercio, riconobbero concordemente, che in materia commerciale la pruova testimoniale poteva essere ammessa anche nei casi nei quali questa pruova non

era permessa dal Diritto Civile, purchè però la legge commerciale non richiedesse espressamente un atto scritto (1).

Quantunque le disposizioni dell'art. 1341 del Codice Civile Italiano e dell'art. 92 del Codice di Commercio del 1865 sieno quasi identiche a quelle dei Codici Francesi, tuttavia si elevò non di rado il dubbio, se la disposizione dell'art. 1341 del Codice Civile, che vieta l'ammessione della pruova testimoniale « contro od in aggiunta al contenuto di atti scritti, e sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi », racchiudesse l'espressione di un principio universale di diritto probatorio, fondato sull'indole e lo scopo della pruova scritta, e sul rispetto dovuto alla volontà dei contraenti, che ad essa affidarono la sicurezza dei loro diritti, il quale principio di ragione comune fosse quindi applicabile per sua natura tanto al Diritto Civile quanto al Diritto Commerciale (2). Ed il dubbio medesimo divise parimenti gli scrittori e la giurisprudenza in Francia e nel Belgio, traendosi specialmente un argomento contrario dal testo dell'art. 41 del Codice di Commercio Francese (3).

Vi ha di più, che poste tra loro a riscontro le formole ado-

(1) Toullier, tom. ix, n. 231; Duranton, tom. xiii, n, 341; Vincens, tom. i, p. 96; Bravard, vol. ii, p. 160 e seg.; Pardessus, vol. i, n. 262; Alauzet, ii, n. 594; Delamarre et Lepoitvin, Contrat de Comm., tom. i, n. 193; Nouguier, Des Trib. de Comm., tom. iii, p. 65; Massé, vol. vi, n. 207; Cassaz. Franc. 1 luglio 1824. — 27 marzo 1825. — 15 maggio 1825. — 11 giugno 1827. — 26 maggio 1829. — 10 e 11 giugno 1855.

(2) In tal senso pronunziarono le decisioni della Corte Suprema di Napoli del 24 agosto 1850, del 23 marzo 1858, del 29 aprile 1858, e degli 8 giugno 1872, ed una Sentenza della Corte di Appello di Napoli del 7 luglio 1871. Nè sono pochi i casi decisi nel medesimo senso dalla giurisprudenza di altre Corti Italiane.

(3) In questo articolo è scritto che la pruova testimoniale non è ammessa « contro od in aggiunta al contenuto in atti di società », il che in certa guisa farebbe presupporre un principio generale contrario nelle altre materie. « En effet, così il Namur, à quoi bon une disposition spéciale pour le contrat de société, si le Droit Commercial ne déroge pas à la règle de l'art. 1341 du Code Civil ? » (i, n. 246).

perate nei Codici Italiani, ad alcuni dei nostri Tribunali parve accresciuta l'oscurità del concetto legislativo, imperocchè mentre nel cennato testo del Codice Civile si dichiara *in vigore quanto è stabilito nelle leggi commerciali*, rinviando così al Codice di Commercio, e questo nel citato art. 92 sembra concedere piena ed illimitata facoltà all'autorità giudiziaria di ammettere la pruova testimoniale *semprechè lo creda;* nel successivo art. 93, allorchè una scrittura sia richiesta, benchè senza comminatoria di nullità del contratto, è disposto che si « osservano le regole stabilite dal Codice Civile nel capo della prova delle obbligazioni, salvo che il presente Codice non provveda altrimenti »; il che esprime un rinvio al Codice Civile, e poi un novello ritorno alle disposizioni, già innanzi formolate dal Codice di Commercio, generando così una inevitabile incertezza. Inoltre anche il Codice di Commercio Italiano nell'art. 157 dispone come il Codice Francese, che nella speciale materia delle Società « la prova testimoniale fra i soci non può essere ammessa contro ed in aggiunta al contenuto nell'atto di società, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto prima, contemporaneamente, o posteriormente all'atto, quantunque si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento », la quale eccezione speciale sembrerebbe escludere nelle materie commerciali l'esistenza di una regola generale nel medesimo senso.

Era dunque dovere del legislatore far cessare così grande incertezza, e risolvere chiaramente il dubbio che manteneva divisa la giurisprudenza.

Nel Progetto preliminare (art. 48 penult. capov. e 49) si mantennero le disposizioni scritte nel vigente Codice di Commercio, sopprimendo soltanto l'ultima clausola del citato art. 93 del Codice, che dopo un rinvio al Codice Civile, nuovamente si richiama al Codice di Commercio. Ma vi si era mantenuto nel Titolo *Delle Società* (art. 89) anche la disposizione eccezionale innanzi trascritta, che venne però cancellata dal Senato del Regno nella discussione del Progetto di legge su quella materia.

Il Progetto definitivo rimuove ogni possibile dubbio, e risolve la controversia statuendo nell'art. 43 (art. 44 del Codice) che « le

obbligazioni commerciali e le liberazioni si provano con testimoni, *semprechè* l'autorità giudiziaria creda di ammettere la pruova testimoniale, « anche nei casi preveduti dall'art. 1341 del Codice Civile », e perciò « anche contro ed oltre il contenuto nei documenti scritti ».

Poscia nell'art. 52 (art. 53 del Codice), nei soli casi in cui il Codice di Commercio *prescrive la pruova per iscritto*, viene limitata l'anzidetta regola, dichiarandosi ammessibile la pruova testimoniale in siffatte speciali materie soltanto *nei casi in cui è permessa dal Codice Civile.*

Di più nell'ultima parte dell'art. 43 si contiene un'altra eccezione alla regola stessa per *le compre e le vendite dei beni immobili*, dichiarando che rispetto ad esse rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile.

Infine si è soppresso l'articolo eccezionale che era scritto nel titolo *Delle Società.*

La regola e le sue limitazioni escludono ogni incertezza, e rendono il sistema semplice e chiaro.

In vero la prima delle due limitazioni porta con sè la propria giustificazione. Se il legislatore commerciale per determinati contratti prescrive l'*atto scritto*, ciò importa manifestamente che per il loro oggetto e la loro importanza ha creduto pericoloso affidarsi alla fede delle testimonianze: queste adunque non possono essere ammesse che nei termini del diritto comune, cioè in quei casi soli in cui anche nelle materie civili sia ammessibile la pruova testimoniale.

Quanto all'altra limitazione, essa è divenuta necessaria dopo che nell'art. 3 del Progetto si è introdotta l'importante aggiunta, che anche *le compre e rivendite di beni immobili* possono in determinate condizioni costituire *atti di commercio.* Ma dacchè la speculazione sulla proprietà immobliare può divenire materia commerciale, non si potrebbero superare le più gravi obbiezioni elevate contro codesto principio, se si concedesse balìa di provare con testimoni la compra e la vendita di qualunque immobile, anche di massimo valore, sol che sia allegato che il contratto avesse per iscopo una

speculazione commerciale. La disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile che richiede, sotto pena di nullità, l'atto pubblico o la scrittura privata nelle convenzioni traslative della proprietà d'immobili o di altri beni e diritti capaci d'ipoteca, ed in molti altri contratti riguardanti la proprietà immobiliare, fu dettata da considerazioni di ordine pubblico, e dalla stretta connessione de' dominii immobiliari con la stabilità del sistema ipotecario. — Era dunque giusto mantenere inalterate cosiffatte garentie, non dovendo lo scopo commerciale delle imprese, in cui gl'immobili possano adoperarsi, esercitare influenza sulle condizioni necessarie alla sicura ed inviolabile tutela degli acquisti e de' mutamenti de'dominii e diritti immobiliari.

Ammesse queste limitazioni, in tutto il rimanente vasto campo delle negoziazioni commerciali non vi era ragione di vincolare nel giudice la facoltà di ammettere, allorchè lo stimasse opportuno, la pruova per testimoni, nè coi limiti di valore, nè con ostacoli desunti dall'esistere qualche cosa di scritto. Non si può disconoscere che, per armonizzare il sistema probatorio con la vita reale del commercio e delle sue abitudini, è mestieri concedere con maggiore facilità ed ampiezza l'uso della pruova orale per attestare quegl'innumerevoli fatti che nella economia degli affari commerciali bene spesso difettano di pruova scritta. Se ciò si ammette, per egual ragione non può escludersi, anzi in molti casi diviene imperioso il bisogno di non negare al commercio l'uso di codesti mezzi probatori, conformi alla sua natura; anche quando la pruova dei patti concernenti l'interesse delle parti sia stata raccomandata ad uno scritto. Chiunque infatti consideri la differenza che passa fra il modo, in cui la pruova scritta viene costituita a pruova degli atti dell'ordinaria vita civile, e il modo con cui nella vita commerciale sogliono, e talora necessariamente debbono operarsi le sue molteplici transazioni, non può non esser convinto che, in molti casi, sia per la somma buona fede che domina nel commercio, sia per la fretta con cui vengono sovente poste in essere le scritture, sia per la brevità con cui queste sono ordinariamente concepite sotto forma di appunti o ricordi, sia per l'imperfetto

stato d'istruzione de' contraenti, sia infine per l'uso frequente di formole stampate di cui essi si limitano a riempiere le lacune, il bisogno di rettificare o di completare il testo letterale del documento può spesso riuscire necessario, se non si vuole che la verità e il buon diritto restino talvolta soperchiati dalla mala fede (1).

D'altronde se la pruova testimoniale in tutti i casi *può*, ma non *deve* essere ammessa in materia commerciale, codesta facoltà discrezionale attribuita al giudice dovrà sempre essere temperata dal suo equo discernimento, e dal retto giudizio dei fatti e delle circostanze che li accompagnano, facendo tesoro delle raccomandazioni, che non mancano, de' più autorevoli scrittori (2). (Pag. 173 a 179).

38. Lo scopo della contrattazione, o la qualità della persona, imprimono all'atto la natura commerciale. Ma le contrattazioni possono aver luogo tra commercianti e non commercianti, come allorchè un proprietario venda le derrate prodotte da' propri fondi, *operazione civile*, ad un commerciante che le compri per rivenderle, *operazione di commercio*. Quindi per la natura stessa delle cose non può impedirsi che vi siano atti e contratti di natura commerciale per alcuni de'contraenti, e per altri di natura civile.

(1) Nella Legge Belga (art. 25) non si credette necessario di dichiarare espressamente che la pruova testimoniale è ammessibile in materia di commercio contro ed in aggiunta al contenuto in atti scritti; ma la Relazione di Van Humbeeck afferma chiaramente questo principio, ed aggiunge: « Le Code s'en repose entièrement sur la prudence des juges pour recevoir ou rejeter les témoignages; les Tribunaux resteront fidèles au voeu de la loi en se montrant très-réservés dans l'admission de cette preuve: lorsque celle-ci tendra à dénaturer la teneur d'un acte écrit, ils devront l'autoriser avec plus de précaution encore que dans les cas ordinaires; *mais, en principe, elle est admissible toujours* ». Documenti parlamentari, 1866-1867, pag. 113 e seg.

(2) « I Tribunali di Commercio possono bensì far uso della pruova testimoniale in materia di commercio in tutti i casi, nei quali è vietata dalla legge; ma non devono perdere di vista ch'essa offre dei pericoli, perchè le false testimonianze non sono meno da temersi negli affari commerciali che negli affari civili, e devono quindi usare con discernimento del potere che la legge loro accorda ». Pardessus, I, n. 262.

Quali leggi regoleranno codesti atti di duplice natura?

Nel Codice di Commercio Francese, ed in quelli dei cessati Stati Italiani modellati sul medesimo, niuna regola trovavasi espressamente scritta per risolvere codesta quistione, che doveva sorgere di frequente nella pratica degli affari. Nel primo l'articolo 631 deferiva alla giurisdizione commerciale il conoscere tra ogni specie di persone delle contestazioni riguardanti *atti di commercio*, il che avrebbe anche potuto interpretarsi estensivo al caso in cui vi fosse *atto di commercio* soltanto per alcuni dei contraenti; mentre d'altra parte l'art. 638 riservava alla giurisdizione de' Tribunali Civili il conoscere delle contrattazioni di lor natura civili, come la vendita delle derrate dei propri fondi, ancorchè fatta da un commerciante, e l'acquisto che il commerciante stesso facesse di merci inservienti all'uso particolare di lui e della sua famiglia. Da ciò nascer doveva nella dottrina e nella giurisprudenza un sistema vago ed oscillante, di cui non mancano i documenti nelle raccolte Francesi ed Italiane (1).

Nel Codice di Commercio Albertino del 1842 fu aggiunto un articolo (art. 680), in cui contemplavasi propriamente il caso di un atto che fosse *commerciale* soltanto per una delle parti, ma unicamente per introdurre una competenza promiscua dei Tribunali Civili e di Commercio a conoscerne, a scelta del contraente che non abbia fatto atto di commercio. Ma da questo articolo nuove incertezze si producevano. La giurisdizione civile o commerciale doveva forse implicare di necessità che ciascuna di esse giudicar dovesse l'atto, applicando rispettivamente la legislazione civile o commerciale? E come mai un solo e medesimo atto avrebbe po-

(1) Giudicarono che dalla qualità personale del convenuto dipende il determinare la qualità del foro le Corti di Bourges 25 agosto 1830; di Bastia 10 agosto 1831; di Gand 8 giugno 1841; di Orleans, 5 marzo 1842. — Decisero invece che se l'atto non è commerciale che per una delle parti questa può essere citata dinanzi al Tribunale di Commercio o dinanzi al Tribunale Civile, la Cass. Franc. 6 nov. 1843, e la Corte di Bourges 17 luglio 1837, 31 marzo 1841 e 8 febbraio 1847 (Dalloz, Rép., v. Comp. comm., num. 23 e seg.).

tuto rimaner soggetto a due leggi, forse diverse, e talvolta contrarie, a piacimento ed elezione soltanto di alcuna delle parti contraenti?

La Commissione coordinatrice del Codice di Commercio Italiano del 1865 stimò conveniente, a rimuovere tali incertezze, stabilire nell'art. 91, come regola positiva generale, che « se il contratto è commerciale per uno dei contraenti e non commerciale per l'altro, le obbligazioni che ne nascono sono regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla *persona del convenuto* ». Aggiunse però la eccezione, che « se l'obbligazione dipende da un titolo scritto, la *prova della liberazione* non è ammessa che a norma del Codice Civile ».

La regola si volle desumere dal concetto che le norme del Diritto Commerciale, come deroghe al diritto comune, costituissero facilità e quasi privilegi di cui goder dovessero i soli commercianti, e coloro che facessero atti di commercio, senza che gli altri potessero venire spogliati dei mezzi ordinari di tutela e garentia stabiliti dalla legge civile. Indi non volendosi violare il principio dell'uguaglianza de' contraenti quanto alle pruove, allorchè quello tra essi, che non fece atto di commercio, volle circondare l'obbligazione dalla cautela di uno scritto, si reputò conforme a giustizia l'eccezione aggiunta, la quale però fu ristretta alla sola *prova della liberazione*.

Queste disposizioni attentamente analizzate mi parvero razionalmente suscettive di critiche gravissime, e praticamente feconde di quotidiani inconvenienti nei giudizi commerciali. Non mancai di esporre in tal senso le mie opinioni nel seno della Commissione compilatrice del Progetto preliminare, e tuttavia dopo ampia discussione, nel voto della maggioranza dei membri presenti prevalse il partito di conservare nel Progetto medesimo (art. 50 e 57) le disposizioni del Codice vigente, con semplici modificazioni di dettato.

Ma le obbiezioni da me elevate trovarono in seguito adesione e conferma da parte di parecchi autorevoli consessi di giuristi e commercianti, e specialmente della Facoltà Giuridica di Pisa e

delle Camere di Commercio di Brescia e Potenza (1). Fui quindi obbligato a sottoporre la quistione nuovamente a maturo e ponderato esame, per decidere se dovesse mantenersi la disposizione del vigente Codice Italiano, o preferirsi il sistema formulato nell'articolo 277 del Codice Germanico (2), poscia adottato anche nell'art. 204 del Progetto Svizzero (3). Ed i nuovi studi mi convinsero della necessità di introdurre nel presente Progetto questa radicale innovazione, scrivendo nell'art. 53 che « se l'atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono, per ragione di esso, soggetti alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge ».

Invero la ragione e l'esperienza di accordo condannano il sistema stabilito dalla Commissione del 1865, e di cui si propone l'abbandono.

Anzitutto è un impossibile giuridico, che un solo e medesimo atto o contratto sia nello stesso tempo governato da principii e leggi diverse; è impossibile, per esempio, che una compra-vendita sia contemporaneamente valida e nulla, come sarebbe il caso della vendita della cosa altrui, valida applicando la legge commerciale e nulla secondo la legge civile, e perciò valida per alcuni de'contraenti che ne rimangano vincolati, e nulla per altri che non siano obbligati ad eseguirla. Non può ammettersi che un determinato mezzo di pruova per stabilire l'esistenza di un contratto sia ad un tempo ammessibile ed inammessibile, secondo le persone che lo invocano. Una stessa norma regolatrice della conclusione e degli

(1) Sunto delle osservazioni, ecc., pag. 65 e 70.

(2) Art. 277. — Le disposizioni di questo quarto Libro sono da applicarsi egualmente ad amendue i contraenti, rispetto ad ogni affare, ch'è un atto di commercio per parte di uno di essi, a meno che da queste stesse disposizioni non risulti che le loro particolari determinazioni si riferiscano soltanto a quello dei due contraenti, riguardo al quale l'affare è un atto di commercio

(3) Art. 204. — Les dispositions du présent livre sont applicables à tous contrats qui concernent des objets mobiliers, à moins que la loi n'en ait restreint l'effet aux actes des commerçants.

effetti de' contratti nel Diritto Commerciale non può applicarsi nell'interesse di uno de' contraenti, e nello stesso tempo respingersi nell'interesse di un altro. Nè avrebbe potuto conciliarsi coi principii elementari di giustizia, che le obbligazioni nascenti da un solo e medesimo contratto fossero estinte colla più breve prescrizione quinquennale o decennale stabilita dalle leggi commerciali per i commercianti e per coloro che abbiano fatto atto di commercio, e che le medesime superstiti si prolungassero e sussistessero, per il solo contraente non commerciante o che non abbia fatto atto di commercio, per la durata della prescrizione ordinaria di trenta anni; il che parve così enorme alla stessa Commissione compilatrice del Progetto preliminare, che nell'art. 938 del medesimo, contraddicendo al principio accettato nell'art. 57, aveva proposto di sottoporre nell'accennato caso indistintamente tutti i contraenti alla più breve prescrizione del Diritto Commerciale.

Si aggiunga che un altro vizio esiste nella formola del nostro Codice vigente, imperocchè essa sottopone alla legge commerciale il contraente commerciante o che fece atto di commercio nel solo caso in cui questi nel giudizio sia il *convenuto*, ed analogamente dispone assoggettando l'altro contraente alla legge civile allorchè sia *convenuto*. Ora l'essere taluno attore o convenuto nel giudizio è un'accidentalità, dalla quale non può farsi derivare la legge regolatrice della sostanza e della forma degli atti; e perciò nella formola del Progetto preliminare erasi cercato di evitare almeno quest'altro errore.

L'eccezione poi in esso proposta coll'art. 50 nel caso in cui la obbligazione risultasse da un atto scritto, non era giustificabile, in quanto venne ristretto alla sola *pruova della liberazione*, sì perchè contro un'obbligazione commerciale potrebbero opporsi altri mezzi d'impugnazione, senza allegarne pagamento o liberazione, e tuttavia essi rimarrebbero sotto l'impero della regola generale, come altresì perchè anche la liberazione generando nuovi rapporti di diritto reciprocamente obbligatori, mal si comprende la differenza delle norme probatorie da applicarsi alle obbligazioni ed alle liberazioni.

Queste critiche razionali sono poi aggravate dagli inconvenienti gravissimi che quotidianamente si avvertono nel campo sperimentale dei giudizi. Se dei due contraenti l'uno è soggetto alla legge ed alla giurisdizione commerciale e l'altro alla legge civile, non vi è parità di trattamento, e lo stesso fatto sussiste o non sussiste, ottiene o non ottiene efficacia giuridica, secondo che occorra all'uno od all'altro de' contraenti d'invocarlo nel proprio interesse. Una tale contraddizione può talvolta sembrare un oltraggio alla verità ed alla giustizia, gratuitamente imposto per arbitrio del legislatore.

Vi ha di più. Il convenuto sovente ha bisogno per la propria difesa di proporre contro l'attore una domanda riconvenzionale. Or oggidì non di rado avviene di dover deplorare la condizione del commerciante che contratta con un non commerciante, il quale faccia atto civile; imperocchè se quest' ultimo si renda attore contro il commerciante avanti il Tribunale di Commercio, ed il commerciante convenuto proponga contro di lui una domanda riconvenzionale, quando anche l' azione e la riconvenzione derivino dal fatto stesso dell'unico contratto, basterà che l'attore opponga l'incompetenza della giurisdizione commerciale a conoscere di una obbligazione civile, ed il commerciante sarà rinviato innanzi ai Tribunali civili a far valere le sue ragioni, spogliandolo forse così del miglior mezzo di difesa nel foro commerciale, e scindendo arbitrariamente la continenza del giudizio, con tutte le altre conseguenze delle maggiori spese, della perdita di tempo e della moltiplicazione dei giudiziali piati.

Per tutte queste ragioni ho creduto di dover seguire nell'attuale progetto gli esempi del Codice Germanico e del Progetto Svizzero, rigettando il sistema introdotto nel 1865 con poco felice pruova.

A questa conclusione fui condotto tanto più facilmente considerando, che le principali conseguenze attribuite dalle leggi commerciali agli *atti di commercio* consistevano finora nell'*arresto personale*, nel *fallimento*, nella *presunzione di solidarietà*, nella *giurisdizione* e nelle *pruove*.

Or l'*arresto personale* nelle materie commerciali non solamente non è ammesso nell'attuale Progetto, ma trovasi già presentato al Parlamento ed ormai adottato dalla Camera dei Deputati un Progetto di legge che ne pronunzia l'abolizione (1). Al *fallimento* non sono mai esposti i non commercianti, e nel testo dell'art. 57 dell'attuale Progetto esplicitamente vedesi dichiarato che tutti i contraenti sono soggetti alla legge commerciale « fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti ». Lo stesso articolo aggiunge altresì « salve le disposizioni contrarie della legge », riserbando così quelle eccezioni alla regola generale che il legislatore commerciale espressamente ammetta; ed una di queste eccezioni si è fatta appunto circa la *presunzione di solidarietà* nell'art. 39 dello stesso Progetto.

Rimangono adunque gli effetti della *giurisdizione commerciale e dei mezzi di pruova* ammessi dal Codice di Commercio, con qualche altra speciale disposizione ristretta a particolari materie o contratti. Or se fondamento della speciale *giurisdizione* e della maggiore semplicità e facilità di *pruova*, è appunto il concetto che maggior garentia di retto giudizio si ottenga col mezzo di giudici versati nella pratica degli affari commerciali, e che ripugnano alla buona fede ed alla rapidità delle operazioni mercantili le soverchie rigidezze e formalità probatorie del diritto civile; è facile persuadersi che a queste garentie e facilità devono aver diritto indistintamente tutti coloro che furono parti nell'unico contratto, a tutela dei rispettivi diritti, e per esigere con eguale efficacia l'adempimento delle correlative obbligazioni. D'altronde, senza l'unità del giudizio e l'eguaglianza dei mezzi di pruova, non vi sarebbe speranza di evitare i ben gravi pratici disordini innanzi avvertiti.

Applicando così la *legge* e la *giurisdizione* commerciale a tutti gli atti e contratti commerciali, anche quando rispetto ad alcune

(1) Nota aggiunta. L'abolizione dell'arresto personale, posteriormente alla presentazione dell'attuale Progetto del Codice, fu anche approvata dal Senato, e costituisce ormai in Italia un fatto compiuto mediante la Legge del 6 dicembre 1877.

delle persone in essi intervenute si considerano *atti civili*, ed escluso che possano estendersi a regolare anche tra commercianti quegli atti che siano essenzialmente di *natura civile*, stati sottratti alla presunzione dell'art. 4, non potranno temersi inconvenienti ed abusi. Nelle stesse contrattazioni sopra *immobili*, nelle quali concorre il fine della *speculazione commerciale*, non saprebbesi vedere per qual motivo la giurisdizione commerciale, non debba conoscerne, limitatamente però per quanto riguardi i contratti di compra o di rivendita, dovendosi sempre rinviare ai Tribunali Civili le quistioni civili sui gradi delle ipoteche, sulle divisioni ereditarie ed altre somiglianti.

Perciò l'art. 856 dell'attuale Progetto (art. 860 del Codice), correggendo l'art. 955 del Progetto preliminare, lo ridusse ad una specifica applicazione del sopra trascritto art. 53, disponendo che se l'atto è commerciale per una sola delle parti, le azioni che ne derivano verso tutti i contraenti appartengono alla giurisdizione commerciale. Non si reputò necessario aggiungere una esplicita eccezione per conoscere degli atti *per propria natura civili* tra qualunque sorta di persone, ciò sembrando superfluo a fronte della ipotesi espressa nel cominciamento dell'articolo, secondo la quale l'atto debb'essere di sua natura commerciale rispetto ad alcuna delle parti.

Sono convinto che la proposta innovazione arrecherà un benefizio al commercio e faciliterà lo sperimento giudiziale dei diritti che scaturiscono da un numero ben considerevole di contrattazioni. (Pagine 179 a 187).

39. Negli atti in forma privata, la data ne' rapporti tra i soscrittori, è quella che essi sottoscrivendoli confessano. Ma nell'interesse de' terzi, come si avrà la certezza che all'atto non siasi apposta in loro danno una data diversa dalla vera?

L'art. 1328 del Codice Civile Francese, riprodotto nell'art. 1360 del Codice Albertino, stabiliva che la data delle scritture private non era certa e computabile riguardo a' terzi che dal giorno in cui esse fossero trascritte o depositate nell'uffizio del registro, dal giorno della morte di colui, o di uno di coloro che le avessero sotto-

scritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture risultasse comprovata da atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario.

Questa disposizione, che taluno degli interpreti reputò dimostrativa (1), ma la concorde opinione degli altri e la giurisprudenza dichiararono limitativa (2), divenne oggetto di ragionevoli critiche, sopratutto perchè non mancavano altri casi, in cui la certezza della data di un atto derivasse dall'essersi il soscrittore trovato da una certa epoca nella fisica impossibilità di scrivere, come ad esempio se fosse stato mutilato.

Perciò in seno alla Commissione incaricata della revisione del nostro Codice Civile, io proposi che si facesse codesta aggiunta (3), e la mia proposta fu accettata, ampliandosi alquanto i mezzi di pruova della data delle scritture private, e provvedendo nondimeno a garentire le convenzioni da' pericoli di frode. Ed in tal senso fu scritta nel Codice Civile Italiano la disposizione dell'art. 1327.

Ma queste stesse regole del diritto civile sono applicabili alle màterie commerciali? Gli scrittori e la giurisprudenza in Francia si pronunciarono negativamente.

Ed in vero la moltiplicità e la rapidità degli affari commerciali non potrebbero subordinarsi alla formalità del registro di tutti gli atti, o della inserzione in pubblici registri, mentre d'altronde il commercio offre altri mezzi speciali per accertare l'epoca in cui fu conchiuso un affare, cioè la menzione che ne è fatta nei Libri, ed ammettendosi sempre la prova testimoniale, si può anche farla servire a stabilire la verità della data di private scritture (4).

La giurisprudenza Francese e l'Italiana furono pacifiche e costanti nel giudicare, che le limitazioni stabilite nel Codice Civile

(1) Toullier, tom. viii, n. 241.

(2) Duranton, tom. xiii, n. 131; Bonnier, n. 573; Massé, tom. vi, n. 65; Dalloz, Rép., V. Date, n. 25; Corte di Genova 6 novembre 1850 e 8 gennaio 1850 (Bettini ii, 2, 31).

(3) Proc. verb. n. 46, tornata del 28 maggio, pag. 565.

(4) Toullier, tom. viii, n. 244; Pardessus, tom. i, n. 246; Duranton, tom. xii, n. 140; Bonnier, n. 571; Delamarre et Lepoitvin, tom. i, n. 200.

intorno a' mezzi di pruova della certezza della data delle scritture private riguardo ai terzi fossero inapplicabili alle materie commerciali (1).

La Commissione Italiana del 1865 incaricata della revisione del Codice di Commercio reputò conveniente codificare codesta massima, e perciò il Codice di Commercio vigente nell'art. 94 stabilisce, che la *data dei contratti commerciali* può essere accertata con tutti quei mezzi di pruova coi quali si possono provare le obbligazioni e le liberazioni commerciali, oltre quelli ammessi dal Codice Civile.

Siccome però ad alcuni contratti commerciali una disposizione espressa di legge attribuisce una data certa, così nello stesso articolo 94 fu aggiunto che la data delle cambiali ed altri titoli all'ordine, e quella delle loro girate, si ha per vera fino a pruova contraria.

Queste disposizioni furono conservate nel Progetto preliminare (art. 51), ed io credo opportuno riprodurle nell'art. 54 dell'attuale Progetto, ampliandone però la locuzione, in modo da comprendere la data non solo de' *contratti*, ma generalmente degli *atti*, ancorchè di natura non contrattuale.

Esso contiene altresì una novella aggiunta. In nessun testo legislativo è dichiarato di quali elementi si componga la *data* di un atto, fuorchè nell'art. 775 del Codice Civile, in cui si dispone, riguardo al testamento olografo, che la sua data deve indicare, il *giorno*, il *mese* e l'*anno*: non vi si parla del *luogo*.

La Commissione compilatrice del Progetto preliminare ne traeva argomento (2) per proporre che in tutti i casi nei quali, parlando delle indicazioni che devono esprimersi nei contratti, è mestieri accennare alla data, venissero espressamente dichiarati gli elementi necessari a designarla.

(1) Dalloz, Rép., V. Date, n. 25; Consolato di Torino 4 gennaio 1855 (Bettini, vii, 2, 86); Cassaz. di Torino 3 giugno 1856 (Bettini, viii, 1, 597); Corte di Genova 8 luglio 1854 (Bettini, vi, 2, 598); Torino 10 ottobre 1856 (Bettini, viii, 2, 875); Genova 14 ottobre 1857 (Bettini, 2, ix, 774).

(2) Verb. della Comm. 1869, n. 241.

Per evitare la necessità di una frequente ripetizione, e della modificazione degli art. 239, 325, 341, 442, 491, 602 ed altri del Progetto preliminare, stimai opportuno di dichiarare una volta per sempre nello stesso art. 54, in forma di regola generale, in che consista il requisito della « data degli atti e contratti commerciali ». (Pag. 187 a 190).

40. L'istituto dei titoli al portatore (1) è venuto acquistando in questo secolo tanta diffusione ed importanza, specialmente nelle relazioni commerciali, che un novello Codice di Commercio non poteva trascurare di emettere almeno i più necessari provvedimenti su tale materia, di cui nè il Codice di Commercio Francese, nè quello Italiano del 1865 punto si occuparono (2). (Pag. 190).

(1) Abbondano negli scrittori le investigazioni storiche sulla prima origine di questo istituto. Alcuni hanno creduto di vederlo comparire per la prima volta in Italia nel 1171, allorchè si fondò in Venezia la Camera degli Imprestiti, emettendo a favore dei prestatori biglietti negoziabili (Holtius, Abhandlung civilist, und handelsrecht Inhalts); ma certamente l'uso vedesi adottato in Italia nel secolo xiv. Ve ne sono documenti sicuri fino dal secolo xiii in Fiandra ed in altre Provincie Belgiche. In Francia se ne trova un documento del 1291; ma nel secolo scorso la istituzione formò oggetto di speciali editti e provvedimenti legislativi. In Germania i titoli al portatore appariscono soltanto nel secolo xvi, e cominciano a rappresentare rapporti giuridici tra i monasteri e di privati; in Olanda nel secolo xvi; in Inghilterra soltanto nel xvii.

(2) La legge in Italia riconobbe l'istituto dei titoli al portatore molto tardi, cioè colla introduzione del Codice di Commercio Francese, il quale nell'art. 35 accordava alle Società per azioni il diritto di emettere titoli al portatore. Gli art. 707, 708 e 709 del Codice Civile concernenti la rivendicazione dei beni mobili per loro natura e dei titoli al portatore, dando luogo ad incertezze e a dubbi sì nel campo della dottrina che nel campo della giurisprudenza, fanno maggiormente sentire il bisogno di una legge speciale.

In Francia nei secoli xvii e xviii troviamo ordinanze, decreti e regolamenti che ora sanzionano, ora vietano l'uso dei *billets en blanc* e dei *billets au porteur*. Quando poi fu pubblicato il Codice di Commercio del 1808, vi fu quistione se l'art. 35 dovesse estendersi alle Società in accomandita per azioni, e la giurisprudenza la risolvette in senso affermativo. Finalmente furono accolti i voti della scienza e del commercio, e fu pubblicata la Legge speciale del 15 giugno 1872 sui titoli al portatore.

In Germania le prime traccie di legislazione sui titoli al portatore si ri-

41. Benchè il legislatore, regolando le *obbligazioni commerciali* contratte sotto forma di titoli al portatore, volesse restringere il suo còmpito a risolvere le controversie più frequenti nella pratica, e nelle quali più vivo si agitasse il dissidio degli scrittori (1) e dei Tribunali; nondimeno è da avvertire che forse in nessun argomento

scontrano alla fine del secolo XVII e sul principio del XVIII. Due Leggi speciali del 10 settembre 1731 e del 18 febbraio 1766 riconoscono formalmente la clausola al portatore applicata ai contratti di assicurazione. Non ancora in Germania la materia dei titoli al portatore è governata da una legge generale: ciascuno dei differenti Stati ha leggi proprie. Sono in vigore le Leggi del 9 novembre 1867 e del 12 maggio 1873, relative ai titoli del debito pubblico.

Neppure l'Austria ha una legge apposita sui titoli al portatore. Questa materia è regolata specialmente dal punto di vista dell'ammortizzazione da una Patente del 16 agosto 1817, e da due Decreti del 31 gennaio 1824 e del 12 febbraio 1841.

In Olanda non v'ha una legge organica sui titoli al portatore, ma provvedono il Codice di Commercio del 1838 (art. 221-229), e le Leggi del 31 maggio 1847 e del 2 maggio 1851.

Nel Belgio sono in vigore i Decreti del 18 febbraio 1851 e del 16 giugno 1868.

In Inghilterra attualmente non v'è una legge generale sui titoli al portatore, ma la dottrina e la giurisprudenza suppliscono a questa lacuna e soddisfano alle esigenze della pratica.

(1) Fra i numerosi scrittori intorno ai titoli al portatore, citeremo soltanto tra i Francesi, il DE FOLLEVILLE (Traité de la possession des titres au porteur); il DESMÉS (Étude sur les titres, etc.); il DREYFOUS (Des titres au porteur); il BUCHÈRE (Traité théorique et pratique des valeurs mobiliers et effets publics, des titres au porteur; Des titres au porteur perdus, volés ou détruits, et des moyens d'en recouvrer la jouissance); il BOGELOT (Deux mots sur la question des titres perdus ou volés).

Fra i Tedeschi: KUNTZE (Inhaberpapiere); SAVIGNY (Obligationenrecht); BLUNTSCHLI (Deutsches Privatrecht); UNGER (Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere); THÖL (Handelsrecht, § 54 e seg.); GÖNNER (Von Staatsschulden deren Tilgungsaustaeten, und von Haudel mit Staatspapieren); KERSTORF (Ueber die Schutzmittel des Eigenthums au Papieren au porteur in Deutschland).

Fra gli Italiani devono essere ricordati gli autori seguenti:

SAREDO, Della distruzione dei titoli al portatore (Legge, an. XII, pag. 121);

più che in questo, la virtù dei principii intorno alla *natura giuridica* dell'istituto esercita una diretta influenza su tutte le quistioni di applicazione.

Non è questo il luogo di passare a minuta rassegna la grande varietà di opinioni e sistemi intorno alla *natura giuridica* dei titoli al portatore. Secondo alcuni l'obbligazione derivante dal titolo al portatore è incorporata ed inseparabile dal titolo stesso, quasi come un diritto reale, per modo che il credito ed il creditore sono identificati col titolo ed in esso si contengono (1). Per altri il titolo non è che, al pari d'ogni altro documento, semplice mezzo estrinseco di pruova dell'obbligazione che ne è affatto indipendente (2). Entrambe queste opinioni furono vittoriosamente confutate, e prevalse l'altra, la quale, benchè inclini a considerare i titoli al portatore come *contratti formali*, la cui efficacia non è subordinata alla causa dell'obbligazione, tuttavia in essi distingue due distinti elementi, quantunque organicamente congiunti, cioè il titolo *materiale*, che è una *cosa mobile*, suscettibile di possesso e tradizione e di altri diritti

MAIERINI, Studio sulla rivendicazione dei titoli al portatore (Arch. giur., vol. X, pag. 131); VIDARI, I titoli al portatore sono rivendicabili? Due sentenze di Cassazione (Giorn. leggi, anno II, p. 9, III, p. 201); SAVARESE ROBERTO, Dei titoli al latore (Legge, anno XV, p. 232); GROSSI, Schiarimento storico-interpretativo, ecc. (Arch. giur., anno XIII, p. 255); ROVETTI, Sulla perdita dei titoli al portatore (Arch. giur. XIV, p. 111); LEVI, Di un caso speciale di rivendicabilità (Arch. giur. XI, p. 456 e 614); GALLUPPI, Dei titoli al portatore.

(1) SAVIGNY, op. cit., II, § 66, nota *a*; BLUNTSCHLI, op. cit. II, § 117 e 118.

(2) GÖNNER, op. cit., sez. I, cap. III, § 56 e seg.; GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, vol. XVI, p. 441 e 442; SCHUMM, Die Amortisation verlorener Schuldurkunden, § 10; EICHHORN, Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 191; MITTERMAIER, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, § 177-181; DUNCKER, Zeitschrift für deutsch. Rect., vol. I, pag. 49; GENGLER, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, I, pag. 170 e seg.; THÖL, op. cit., § 54-56; WALTER, System des gemeinen deutschen Privatrechts, § 257-258; DE FOLLEVILLE, op. cit., n. 148, pag. 304; DREYFOUS, op. cit., pag. 96, n. 2.

reali, e l'*obbligazione di pagamento* che per essi contrae colui che li ha creati e messi in circolazione, verso la persona, incerta in origine e che sarà determinata dal fatto del possesso legittimo nel giorno in cui l'obbligazione assunta dall'emittente giungerà a scadenza (1). Dei quali elementi occorre appunto studiare le successive funzioni nella triplice fase della *emissione*, della *circolazione* e della *estinzione* del titolo al portatore.

In tal guisa l'obbligazione sussiste per sè, e non bastano ad estinguerla la distruzione o l'involamento del titolo.

Inspirata a questi principii, la Commissione compilatrice del Progetto preliminare fece questo argomento oggetto di ampia e profonda discussione, e propose vari articoli per risolvere le quistioni, nella pratica dibattute e frequentissime:

1° Intorno al diritto del possessore di ottenere un duplicato dei titoli al portatore logori o guasti, ovvero distrutti o smarriti;

2° Intorno alla rivendicazione, che egli potesse esercitare in caso di sottrazione o smarrimento dei titoli stessi, contro i terzi possessori dei medesimi.

Le disposizioni del Progetto preliminare (art. 52-55) sono state da me raccolte e mantenute in due articoli (art. 55 e 56) del Progetto definitivo (56 e 57 del Codice), e quindi non mi rimane che il debito di esporne le ragioni. (Pag. 191 a 193).

42. Rispetto alla prima quistione, non vi ha difficoltà di ammettere nel possessore di un titolo al portatore reso logoro o guasto, e quindi non più idoneo alla circolazione, il diritto di chiedere all'emittente di cambiarlo con un titolo duplicato od equivalente del medesimo. Due sole condizioni possono richiedersi per l'esercizio di un tal diritto: che il titolo da cambiarsi sia tuttora riconoscibile ed identificabile per contrassegni certi; e che la spesa del nuovo titolo vada a carico del richiedente. L'art. 55 del Progetto (56 del Codice) consacra appunto codesti precetti. (Pag. 193 e 194).

(1) Questa teoria vedesi ampiamente giustificata, con la critica degli altri sistemi, nella monografia assai pregievole del GALLUPPI, Studi giuridici sui titoli al portatore, 1875.

43. Ben altrimenti grave e controversa è la quistione dei duplicati nei casi di distruzione o di smarrimento del titolo al portatore, sicchè non possa operarsi il cambio dell'antico col nuovo titolo, ritirando il primo dalla circolazione con infallibile sicurezza.

Per apprezzare l'importanza di tale quistione è mestieri rammentare che negarono, con vigore di argomenti, l'obbligo del rilascio dei titoli duplicati, giureconsulti di alta fama ed ingegno, tra i quali citerò con riverenza ed affetto il nome dell'illustre e compianto ROBERTO SAVARESE (1); e due Corti di Cassazione Italiane (2) tentarono di elevare a principio razionale il divieto del rilascio dei duplicati che si trova scritto, a riguardo dei titoli del Debito Pubblico Italiano, nella Legge del 10 luglio 1861 regolatrice di questa materia speciale.

Senonchè la giurisprudenza Francese fu varia ed oscillante (3):

(1) « Un credito personale, egli scriveva, cioè contratto verso una determinata persona, può avere più titoli, perocchè la moltiplicità di essi rafforza la prova, e non raddoppia l'obbligazione e il debito. Ma quando il debito si trasfonde nel titolo, e in certo modo diventa una sola cosa con esso, non può esservi che un titolo solo, poichè col moltiplicarlo si moltiplicherebbero i debiti. Di qui nasce che fino a che un titolo è fuori, e s'ignora dove e in quali mani si trovi, non può crearsi un nuovo titolo o un duplicato se prima non si annulli l'antico. Ora chi potrebbe annullarlo? Non per certo l'autore coll'autorità propria, perchè non gli è lecito privare chi lo possiede del diritto che gli viene dal possesso. Ma non potrebbe nemmeno efficacemente annullarlo la stessa potestà del magistrato......, perchè se il vecchio titolo in apparenza annullato continua a circolare, e un bel mattino il possessore lo esibisce alla cassa, e chiede che gli venga pagato, invano il cassiere allegherà la sentenza che lo annulla, perchè il possessore nuovamente arrivato opporrà che egli non era presente al giudizio, e perciò quella sentenza come « res inter alios acta » non può nuocergli ed offendere i suoi diritti ». (SAVARESE, Dei titoli al latore, e delle azioni che può esercitare il proprietario quando li afferma dispersi o rubati — Legge XV, 1873, pag. 233). — Col SAVARESE consente il VIDARI (Giornale delle leggi III, 26).

(2) Sentenze delle Corte di Cassazione di Torino del 14 gennaio 1869, e della Corte di Cassazione di Palermo del 12 settembre 1871.

(3) La Corte di Parigi con sentenza del 3 luglio 1838 riconobbe il diritto di domandare i duplicati; ma in seguito pronunziò più volte in senso con

ed in seguito parecchie leggi speciali riconobbero in vari paesi nel proprietario di un titolo distrutto o smarrito il diritto di ottenerne un duplicato, come il Decreto Austriaco del 31 gennaio 1824, le due Leggi Olandesi del 30 maggio 1847 e del 2 maggio 1851, la Legge del 9 novembre 1867 della Confederazione della Germania del Nord e la Legge Francese del 5 luglio 1872. Anche nel Belgio, dove il Decreto del 16 giugno 1868 negava di regola ogni diritto a chiedere duplicati (1), le doglianze dei giureconsulti e dei commercianti indussero il Governo a studiare un Progetto di legge intorno ai titoli al portatore sul modello della Legge Francese.

Questi esempi dovevano persuadere il legislatore italiano della giustizia di entrare nella stessa via. Ed in vero, quando non può adottarsi l'opinione del Savigny (2) e del Bluntschli (3), pei quali i titoli al portatore sono la stessa obbligazione incorporata ed una specie di transustanziazione giuridica del diritto di credito, non può attribuirsi efficacia alle obbiezioni di coloro che ragionano su tal fondamento. D'altronde surrogare in favore del proprietario del titolo distrutto o smarrito una semplice sentenza del magistrato al titolo stesso, negandogli il duplicato, come sentenziò la Corte di Parigi, da un lato non rimuove le difficoltà che questa sentenza non possa opporsi come cosa giudicata verso di chi posteriormente si presenti portatore del titolo che credevasi perduto

trario, ammettendo però che la distruzione o perdita del titolo non estingue nel proprietario il diritto di credito, bensì questi debba farlo dichiarare con sentenza del magistrato, della quale potrà giovarsi invece del titolo distrutto o perduto. (Sentenza del 22 luglio 1858).

(1) Art. 74: « Aucune réclamation ou opposition n'est admise en cas de perte des obbligations au porteur ou de leurs coupons d'intérêt, qui constituent les seuls titres de la créance, s'il n'est prouvé que ces titres ont été détruits entre les mains du réclamant ou de son auteur, et si toutes les garanties propres à couvrir les intérêts du trésor ne sont données à la satisfaction du ministre des finances ».

(2) Savigny, Obligationenrecht, II, § 66.

(3) Bluntschli, Deutsches Privatrecht, II, § 117 e 118.

o distrutto, e da un altro produce al proprietario stesso il danno di privarlo della disponibilità di un titolo trasmissibile ad ogni istante colla sua tradizione e della facile riscossione degl'interessi e del capitale. Perciò nelle cennate leggi speciali ed anche in Francia, altri sistemi si escogitarono, che meglio conciliassero la conservazione della integrità dei diritti del proprietario coi diritti del possessore poscia scoperto, e con le cautele atte a preservare la società o lo stabilimento emittente dal pericolo di essere costretto a pagare due volte lo stesso titolo.

Ammessa una distinzione qualunque tra l'obbligazione e la materialità del titolo, benchè organicamente congiunte, è indubitato che l'esistenza del titolo medesimo è condizione indispensabile all'esercizio del diritto fra il possessore del titolo e colui che lo ha creato e messo in circolazione. È certo altresì che essendosi voluto creare un titolo circolabile, l'esistenza ed il mantenimento delle condizioni necessarie alla circolazione costituiscono un elemento sostanziale del contratto. Laonde allorchè, per avvenimenti non preveduti e non voluti da ambe le parti, sia minacciata l'esistenza di quelle condizioni, sorgono rispettivamente il diritto e l'obbligo di ristabilirle, acciò l'obbligazione non perda la sua forza senza alcuna legittima causa. Questa conseguenza può reputarsi implicitamente assentita dalle parti fin dal momento dell'emissione del titolo, perchè chi vuole il fine, vuole anche i mezzi indispensabili a raggiungerlo (1).

Se dunque la distruzione del titolo non produce la estinzione della obbligazione, e se questa deve tuttora sussistere con la speciale facilità di trasmissione inerente alla sua forma, il diritto del proprietario ad ottenerne un duplicato addossandosi le spese necessarie, non può essere contraddetto, ma deve soltanto riservarsi al giudice di prescrivere le cautele, che secondo la varietà dei casi e delle circostanze potranno reputarsi convenienti.

(1) In ogni creazione di titoli al portatore si contiene implicitamente la volontà di procurare al portatore un titolo libero, che sia atto ad esser negoziabile (Kuntze, Die Lehere von den Zuhaberpapieren, § 129).

La cautela richiesta dalla legge in modo costante ed assoluto è quella che il fatto della distruzione del titolo sia provato e stabilito a cura del richiedente innanzi all'autorità giudiziaria, e che questa, liberamente apprezzando il valore delle arrecate pruove, pronunci se debbasi, oppur no, rilasciare il duplicato. Ma quando il magistrato reputi la distruzione del titolo sufficientemente provata, siccome non sempre il suo giudizio può fondarsi sopra dimostrazioni evidenti, nè quindi escludersi in modo assoluto la possibilità che il titolo creduto distrutto ricomparisca un giorno nelle mani di un altro possessore, gli è riserbata ampia balìa di subordinare il suo provvedimento a cautele e garantie per la protezione di tutti gli interessi. Eransi proposti nel seno della Commissione del 1869 mezzi determinati, come preventive pubblicità ed affissioni, termini per la presentazione del titolo, cauzioni, depositi, ecc.; ma in considerazione che alcuni di essi, appena bastevoli in alcuni casi, potrebbero risultare eccessivi ed inutilmente rigorosi in altri, prevalse il ragionevole concetto di affidarne nei singoli casi la determinazione e la scelta alla prudente estimazione del giudice (1).

Si elevò benanche una voce per chiedere che venisse mitigato il divieto di rilasciare duplicati dei titoli al portatore del Debito pubblico, contenuto nella legge speciale della materia, in cui vedesi autorizzato il rilascio di duplicati in tutti i casi di perdita dei titoli *nominativi* (art. 31); ma la maggiore protezione dovuta al pubblico credito, e l'inopportunità di apportare modificazioni alle leggi organiche che regolano il debito dello Stato, fecero respingere la proposta, ed invece nello stesso art. 55 si è dichiarato espressamente che « rispetto ai titoli del debito pubblico si osservano le leggi speciali ». (Pag. 194 a 198).

44. Gravissima disputa fu mossa intorno alla giustizia e convenienza di estendere la facoltà del giudice di ordinare il rilascio di duplicati anche ai casi di non provata distruzione dei titoli al

(1) Verb. della Comm. del 1869, n. 200.

portatore, ma del loro *smarrimento* o *involamento*. Su questo punto io mi trovai in dissenso dalla maggioranza dei miei dotti colleghi. Ma a questa parve aver già conceduto abbastanza autorizzando il rilascio del duplicato nel solo caso del titolo distrutto, mentre in quello di perdita temè della somma probabilità di mantenere nella circolazione un considerevole numero di titoli raddoppiati, con indebito aggravio della società o stabilimento emittente, e creando il pericolo di frequenti liti e molestie ai vari possessori, e d'incertezze e diffidenze nocive al credito ed alla facilità della circolazione. D'altronde quasi sempre lo smarrimento è l'effetto d'insufficiente cura e diligenza, e perciò della colpa dello stesso possessore.

A me pareva invece che non fosse conforme a giustizia far dipendere dal caso fortuito della dispersione la esonerazione della società o stabilimento emittente dal suo obbligo di pagare i titoli al portatore senza il concorso di alcuna legittima causa di estinzione dell'obbligazione, e con indebito lucro a danno altrui; che un assoluto divieto di rilasciar duplicati nei casi di titoli smarriti, e non di rado senza colpa del proprietario, ma per doloso involamento, favorisse indirettamente i sottrattori, assicurando loro il frutto del delitto e facilitando ad essi l'incontro di fiduciosi acquirenti: che se anche i danni prodotti dal caso fortuito debbono essere sopportati da chi ne fu colpito, ciò suppone la inesistenza di qualunque mezzo legale per l'esercizio del diritto in modo da renderlo innocuo all'interesse di ogni altro, e che dipende dalla volontà del legislatore concedere questo mezzo, circondandolo di efficaci precauzioni per evitare il danno dell'emittente o di altro legittimo possessore; che infine l'esempio di tutte le leggi speciali innanzi citate, le quali contemplano tanto il caso della distruzione come quello della dispersione dei titoli al portatore, ed autorizzano il rilascio dei duplicati, dimostrava senza fondamento od oltremodo esagerato il timore di gravi pericoli che un tal sistema minacciar potesse alla rapida e fiduciosa circolazione dei titoli al portatore.

Tuttavia, benchè una delle Corti di Appello (Ancona) avesse

espresso il voto di veder modificato in tal senso il Progetto preliminare, considerando che la deliberazione della Commissione è il frutto di ampia e matura discussione (1), mi son creduto obbligato di accettarla.

Nelle legislazioni straniere, che estendono l'esercizio dei diritti del proprietario anche ai casi di *smarrimento* ed *involamento* dei titoli al portatore, si contengono le norme di procedura da osservarsi sia per fare opposizione al pagamento dei redditi e del capitale di siffatti titoli, sia anche talvolta per autorizzare il proprietario ad esigere, mediante cauzione, i redditi stessi ed anche il capitale (2).

Nè mancano in alcune leggi altre disposizioni per impedire con apposite pubblicazioni la circolazione ulteriore dei titoli al portatore, rispetto ai quali siavi denuncia di smarrimento o di furto; e per stabilire una presunzione di mala fede a carico di coloro che li acquistassero dopo tali pubblicazioni (3). Però alle disposizioni di quest'ultima specie fu mosso il rimprovero di produrre effetti pregiudizievoli alla circolazione ed al credito dei titoli stessi. Infatti la necessità, che ne deriva in chiunque voglia fare acquisto dei titoli al portatore, di consultare gli elenchi dei titoli sequestrati prima di conchiudere alcun contratto, e la difficoltà d'un esatto esame per la grande estensione che col tempo assumono cosiffatti elenchi, debbono diminuire la fiducia dei capitali e il numero degli affari.

Ma nel sistema del Progetto attuale, non essendo ammessa a favore del proprietario dei titoli non *distrutti*, ma soltanto *smarriti* o *rubati*, alcuna azione nè per impedirne l'uso al loro ignoto possessore, nè per obbligare il debitore al pagamento; si ottiene

(1) Verb., n. 200.

(2) Vegg ansi le già citate Leggi Germaniche del 9 novembre 1867 e del 12 maggio 1873, Olandesi del 30 maggio 1847 e del 2 maggio 1871, e Francese del 15 giugno 1872; ed i Decreti Belgi degli 8 febbraio 1851 e del 16 giugno 1868.

(3) Legge Francese del 15 giugno 1872.

benanche il vantaggio che non vi ha opportunità di ricorrere al cennato ordine di provvedimenti di problematica legittimità ed utilità al commercio di questa specie di titoli. (Pag. 198 a 200).

45. La seconda quistione riguardante l'azione di rivendicazione da concedersi al proprietario dei titoli al portatore *smarriti* o *rubati* contro terzi possessori, nelle cui mani si trovino, è stata anch'essa oggetto di non meno discordi e disputate opinioni.

Il dubbio divenne gravissimo per essersi insieme confusi i criteri giuridici con gli economici, e gli argomenti *de jure constituto* in relazione ai testi positivi delle leggi esistenti, con quelli *de lege ferenda* che possono servire di guida all'opera del legislatore.

Nel Codice Civile Francese l'art. 2279 stabilisce la massima che « nei mobili il possesso per i terzi vale per titolo, ma il proprietario della cosa smarrita o rubata ha diritto di rivendicarla dal terzo possessore entro un dato tèrmine »; e l'art. 2280 aggiunge che « se l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'ha comprata in una fiera o mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non può ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata ».

In questi articoli non parlandosi espressamente dei *titoli al portatore*, gli scrittori e la giurisprudenza disputarono se dovessero comprendersi nella generalità della locuzione adoperata, o se per l'indole ed i fini speciali di questo istituto essi dovessero reputarsi non suscettivi in verun caso della rivendicazione, la cui minaccia potrebbe scuotere la fiducia degli acquirenti e paralizzarne la circolazione (1).

(1) Anche molti dotti scrittori alemanni sostengono doversi negare ogni azione di rivendicazione per i titoli al portatore: GONNER, Von Staatschulden ecc., pag. 235 nota; Archiv fur Gesetzgebung, vol. I, n. 27, pag. 471 e Beiträge zur Jurisprudenz der Tentschen, vol. I, n. 3; NEBENIUS, Der öffentliche Credit, p. 542; GRÜNDLER, Polemik des german. Rechts, parte 2. p. 31, 35, § 263; SOUCHAY, Archiv für civil. Praxis, vol. X, p. 144 e 155; SCHUMM, Die Amortisation verlorener Schuldurkunden, § 42, p. 509.

Questo dubbio parve rimosso nell'art. 707 del Codice Civile Italiano, in cui espressamente fu scritto che « riguardo ai *beni mobili* per loro natura, ed ai *titoli al portatore*, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo ».

Nondimeno la controversia risorse anche in Italia fra scrittori e Tribunali, perchè i successivi art. 708 e 709 accordando l'azione di rivendicazione della COSA *smarrita o derubata*, senza nuova menzione speciale dei *titoli al portatore*, fu sostenuto con sottili ragionamenti, che non fosse intenzione del legislatore di concedere tale azione anche rispetto ai *titoli al portatore perduti o rubati;* che l'assimilazione degli effetti del possesso di buona fede ne' terzi a quelli del titolo riposando sopra considerazioni d'ordine pubblico e di sicurezza delle oneste contrattazioni, dovesse precipuamente e più ampiamente applicarsi ad una specie di commercio in cui si trovano involti vitali interessi dell'odierna convivenza e quel grande fattore della pubblica prosperità che è il credito; che l'azione di rivendicazione sarebbe inconciliabile con la disposizione del Codice di Commercio che dichiara valida la vendita della cosa altrui: e si riprodussero inoltre tutti gli argomenti desunti dai pericoli economici di ammettere la rivendicazione dei titoli al portatore, producendo nel loro mercato fiduciario profonda turbazione ed incertezza (1).

In contrario si osservò, che se nell'art. 707 del Codice Italiano eransi esplicitamente accennate le due distinte specie dei *beni mobili per natura* e dei *titoli al portatore*, entrambe si contengono nella generica espressione di COSA *smarrita o rubata*, poscia usata nei due articoli posteriori, nei quali si concede e si regola l'azione di rivendicazione; che se nei rapporti tra venditore e compratore è valida la vendita della cosa altrui in materia commerciale per mantenerne gli effetti obbligatori, ciò non esclude che in caso di smarrimento o di furto il proprietario, estraneo al contratto di vendita, possa esercitare un'azione sua propria

(1) VIDARI, loc. cit., pag. 9 e seg.; LÁDEY, Des titres au porteur, II, n. 10. pag. 15.

per ricuperare dalle mani del detentore il titolo smarrito o rubato; che d'altronde se esistesse la supposta contraddizione, l'azione vindicatoria dovrebbe negarsi non solo pei titoli al portatore venduti ad un terzo, ma per qualunque altra *cosa mobile* smarrita o rubata, caduta in una vendita commerciale; e che quanto ai temuti danni economici, spetta al legislatore estimarli, e con un testo espresso di legge nuova negare o restringere l'esercizio della rivendicazione riguardo a' titoli al portatore, ma finchè egli tace, le disposizioni del Codice Civile debbono applicarsi nella loro non dubbia generalità (1).

In quest'ultimo senso si pronunciò la giurisprudenza Italiana (2).

In tanta incertezza era necessario che il legislatore intervenisse, e nel nuovo Codice di Commercio esplicitamente decidesse fra gli opposti pareri, facendo cessare ogni contesa per l'avvenire in una materia di tanto interesse per l'immenso numero di acquirenti e possessori di titoli al latore.

A' nostri occhi la soluzione data dall'art. 56 del Progetto, la quale accorda l'azione vindicatoria anche per i titoli al portatore smarriti o rubati, mentre risponde ai principii di giustizia e di moralità ad un tempo, restringendone con profonda limitazione l'esercizio contro i soli *possessori di mala fede*, rassicura gli acquirenti onesti, e concilia la garentia dei diritti del proprietario spogliato, almeno nei casi più gravi ed odiosi, con la protezione dovuta agl'interessi generali del credito.

Confrontando l'art. 56 del Progetto con gli articoli 708 e 709 del Codice Civile, è facile riconoscere la grande differenza che è stabilita tra la rivendicazione dei titoli al portatore, e quella accordata in tutte le altre materie. I cennati articoli del Codice

(1) Marrini, loc. cit.; Supino, Le operazioni di borsa, pag. 112 e 113.

(2) Sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 31 gennaio 1872 (Gazz. dei Tribunali di Genova, xxiv, p. 220); della Corte di Cassazione di Torino del 31 maggio 1872 (Giurisprudenza, ix, p. 515); della Corte di Appello di Torino del 16 marzo 1875 (Giurisprudenza, xii, p. 436).

Civile autorizzano colui che ha smarrita la cosa, o che ne fu derubato, a ripeterla da quello presso cui la trova, senza distinguere se sia possessore di buona o mala fede, e senza obbligo di rimborsarlo del prezzo forse erogato dal terzo per acquistarla, ma lasciando unicamente a questo il regresso per indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta; anzi permettono tale rivendicazione anche contro l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita, il quale l'abbia con indubitata buona fede comprata in una fiera o mercato, o all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, con la sola differenza che in questi ultimi specialissimi casi il rivendicante è obbligato a rimborsare il possessore del prezzo che gli è costata. Ma rispetto ai *titoli al portatore smarriti o rubati*, l'art. 56 (art. 57 del Codice) restringe l'esercizio dell'azione vindicatoria in limiti ben altrimenti angusti e rigorosi, perchè l'ammette soltanto contro colui che li ha trovati o rubati, e contro coloro che li hanno ricevuti per qualche titolo, *conoscendo il vizio della causa del possesso*. Per tal modo sono esposti alla restituzione soltanto coloro che cominciarono a possederli per mezzo di un reato, o di un accidentale ritrovamento, e che perciò hanno la coscienza di possederli senza alcun legittimo diritto, e quei terzi che in mala fede da essi a qualunque titolo li ricevettero. Negare anche entro tali limiti l'azione vindicatoria, sarebbe accordare una ingiusta protezione ed un pericoloso incoraggiamento all'immoralità ed al delitto. Concedendo l'azione entro confini così angusti, la sicurezza del credito e la libera circolazione non possono venirne perturbate, perchè gli acquirenti e possessori onesti e di buona fede non hanno di che temere, nè possono sentirsi allontanati dalla fiduciosa libertà di ogni legittima contrattazione. (Pag. 200 a 204).

46. Gli articoli del Codice Civile accordando la rivendicazione della cosa smarrita o *rubata*, diedero luogo ad un' altra quistione, se cioè l'azione potesse esercitarsi anche nei casi di cosa pervenuta ad un terzo, non già per effetto di un *furto* vero e proprio nello stretto senso del Codice Penale, ma anche per *truffa* o per *abuso*

di confidenza, reati anche questi contemplati dal Codice medesimo. Fu sostenuta con ingegnosi argomenti l'opinione affermativa (1); ma altri distinguono il caso del vero *furto* dagli altri, perchè nel primo caso soltanto la cosa è uscita dal possesso del proprietario senza il concorso della di lui volontà (2); ed in quest'ultimo senso più volte si pronunziò la giurisprudenza, dapprima incerta ed oscillante.

Nel seno della Commissione compilatrice del Progetto preliminare la discussione parve riguardare non esclusivamente il *furto*, ma tutti i casi di *sottrazione dolosa*. Se non che l'articolo fu compilato, mantenendo la specifica parola *rubati*, adoperata dal Codice Civile. E questa locuzione si è conservata nell'attuale Progetto, sì perchè nella *sottrazione* (*contrectatio*) mal potrebbero comprendersi l'*abuso di confidenza* e la *truffa*, nei quali casi la volontà del proprietario, benchè illusa da inganni o da mal collocata fiducia, ha ceduto ad altri il possesso della cosa rendendo possibile l'abuso, e perciò egli deve a sè stesso imputare la propria imprudenza o insufficienza d'accorgimento; sì ancora per mettere in armonia la disciplina più ristretta del Codice di Commercio con l'altra più generale del Codice Civile, usando in ambi i Codici l'identica locuzione di *cose o titoli smarriti o rubati*.

Per altro restringendosi nel Codice di Commercio lo sperimento della rivendicazione contro i soli detentori di mala fede, la quistione, gravissima al cospetto del Codice Civile, perde qui assai della sua importanza, perciocchè anche nei casi di *truffa*, *appropriazione indebita* e simili frodi, non è pregiudicata nel proprietario spogliato la possibilità di sperimentare un altro diritto, quando concorrano le condizioni richieste per esercitarlo, cioè il

(1) Levi, Di un caso speciale di rivendicabilità di mobili e specialmente dei titoli al portatore. (Arch. Giur. xi, fasc. 5, p. 456 e seg., e fasc. 6, p. 614 e seg.).

(2) Bourston, Droit comm. de la France, tom. i, p. 911 e tom. ii, p. 566; Rheinard, De differentiis juris civilis et Saxonis, lib. 3, 5, 22, citato dal Grossi; Galluppi, op. cit., pag. 265 e seg.

diritto di ottenere dal giudice penale la *restituzione* dei titoli al portatore, che fossero *corpi di reato*, nei casi contemplati dagli art. 72 del Codice Penale e 606 del Codice di Procedura Penale, così ricuperandoli sia dalle mani dei colpevoli di siffatti reati, sia da quelle di coloro che col mezzo di essi se li procurarono, sia anche dalle mani di terzi, i quali, conoscendone la provenienza criminosa, li abbiano comprati o li detengano, essendosi resi responsabili dei reati di *compra* o *ricettazione dolosa* puniti dagli art. 638 e 639 dello stesso Codice Penale. (Pag. 204 e 205).

47. Nell'art. 57 (art. 58 del Codice) ed ultimo di questo Titolo, quasi identico all'art. 56 del Progetto preliminare, si contiene una norma generale per determinare, nel conflitto tra le leggi e gli usi di vari paesi, quali debbano applicarsi a regolare la forma e la sostanza delle obbligazioni commerciali.

Nelle *Disposizioni Preliminari* premesse al nostro Codice Civile gli art. 6 a 12 contengono una serie di regole codificate di Diritto Internazionale Privato, applicabili alle *persone*, alle *cose* ed agli *atti*, ed il giudizio dell'Europa ha fatto plauso al Legislatore Italiano di questa ardita e liberale iniziativa.

Gli art. 9 e 10 stabiliscono che le *forme estrinseche* degli atti sono determinate dalla legge del luogo in cui gli atti sono fatti, lasciando però libertà ai contraenti stranieri di seguire invece le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti nell'atto intervenute. Questa riserva era giustificata dall'indole facoltativa, e non obbligatoria, che la dottrina concordemente riconosce nella nota massima *Locus regit actum*.

Parimenti la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolate dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa Nazione, *dalla loro legge nazionale*. È salva in ogni caso la dimostrazione che le parti ebbero volontà di assoggettar l'atto a norme diverse.

Anche i *mezzi di pruova* delle obbligazioni sono determinate dalla legge del luogo in cui l'atto fu fatto.

Finalmente l'*esecuzione* degli atti è regolata dalla legge del luogo in cui si eseguono.

Una limitazione comune a tutte queste regole è scritta nell'articolo 12, dovendo cessare la loro applicazione, se per esse venisse derogato alle Leggi Italiane che riguardano in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume, o sono espressamente proibitive.

Certamente queste generali disposizioni sono comuni tanto agli atti civili che ai commerciali. Ma non offre forse il commercio con le sue necessità ed abitudini alcuni criteri speciali per far giudicare codeste regole, sotto certi riguardi, o insufficienti, o meno opportune?

I principali dubbi sono i seguenti:

Avendo il legislatore commerciale nell'art. 1 del Progetto decisa la quistione di prevalenza tra le varie fonti del diritto nella loro applicazione ai fatti e contratti, dichiarando che gli *usi commerciali* debbono applicarsi in preferenza del *diritto civile* in difetto di leggi speciali al commercio, e l'art. 9 delle cennate *Disposizioni Preliminari* al Codice Civile parlando unicamente delle *leggi*, e non degli *usi*, non ne deriverebbe forse una lacuna o una specie di antinomia nel regolamento de' rapporti di Diritto Internazionale, se il Codice di Commercio nulla disponesse? La Commissione compilatrice del Progetto preliminare, dopo apposita discussione, aveva quindi deliberato d'inserire nel medesimo un articolo così concepito: « Per regolare i fatti co' quali si genera o si esegue l'obbligazione, si applicano gli *usi* del luogo ove tali fatti avvengono, in difetto di diverso accordo delle parti » (1).

Ammettendo una disposizione di tal sorta, poteva poi sorgere l'altro dubbio, se anche nei contratti commerciali pe' contraenti stranieri, appartenenti ad una stessa nazione, dovesse mantenersi il presunto impero della loro legge nazionale in preferenza degli usi e delle leggi locali, nonchè la libertà di assoggettare la contrattazione a norme diverse mediante un'espressa dichiarazione di volontà. E la ragion di dubitare sarebbe stata avvalorata dalle tendenze cosmopolite del commercio, le quali accordano minor con-

(1) Verb. della Comm., 1869, n. 365.

siderazione alla nazionalità de'contraenti che al dominio de'sistemi consuetudinari delle piazze in cui si conchiudono i negozi mercantili. Ma fu considerato, che se il commercio vive di libertà, non vi è ragione per non lasciar sovrana l'intenzione delle parti anche nelle contrattazioni commerciali; e fatta riserva alle medesime di esprimere liberamente codesta intenzione, cessava ogni difficoltà di conservare la presunzione, che contraenti stranieri appartenenti ad una stessa Nazione intendessero riferirsi alla loro comune legge nazionale, dappoichè sarebbe sempre in loro potere di far cessare siffatta presunzione con l'espressione di una volontà contraria.

Un'ultima serie di considerazioni venne da me esposta in seno alla Commissione, allorchè discutevasi il Titolo riguardante le *Cambiali*. Osservai che una sola cambiale, nel periodo spesso breve della sua vita, passa per parecchi Stati retti da diverse legislazioni, e sovente in ciascuno di essi diviene oggetto di nuove contrattazioni, quali sono le accettazioni, gli avalli, le girate e simili, la validità delle quali, cumulate in un solo e medesimo atto, sia per la sostanza che per la forma, può dar luogo a quistioni. Quali leggi dovranno applicarsi, quali principii di Diritto Internazionale Privato dovranno servire di guida al giudice? Basteranno i principii desunti dalla combinazione dello statuto personale e locale, formolati nelle *Disposizioni Preliminari* del Codice Civile? Una cambiale dovrà essere regolata da tante leggi, quante sono le persone che in essa successivamente intervengono, e per quanti Stati è passata nelle sue lunghe e frequenti peregrinazioni? La Legge Cambiaria Germanica, nel regolare la specialità di questa materia, diede l'esempio di una deviazione quasi completa dai principii anzidetti (art. 84 e 85), prescrivendo specialmente che l'incapacità personale di sottoscrivere cambiali secondo la propria legge nazionale non fosse opponibile, se la persona era riguardata capace nella legge del luogo ove la cambiale si fosse creata. Di più, quali leggi regoleranno le forme e gli effetti degli atti che si facciano per conservare o per esercitare i diritti derivanti dalla cambiale, come sono gli atti di protesto, le citazioni giudiziarie, i sequestri e simili? Quali leggi rego-

leranno il procedimento esecutivo, che debbasi imprendere nel paese e nel luogo in cui fu promesso di eseguire il pagamento della cambiale?

Le stesse domande possono estendersi a tutti gli altri titoli commerciali trasmessibili per girata.

La Commissione consacrò una lunga discussione a così importante argomento, e benchè con una sua precedente deliberazione (1) avesse mostrato ripugnanza ad accogliere le disposizioni della Legge Germanica, nondimeno posteriormente parve convinta della necessità di provvedere efficacemente alla validità di titoli commerciali destinati dalla loro speciale natura a circolare in varii paesi e in mezzo a leggi ed usi assai difformi e non facili a conoscersi, mentre in vece consacrando eccezionalmente la prevalenza delle sole leggi ed usi del luogo della emissione del titolo, o in cui si fanno gli atti necessari per l'esercizio o la conservazione dei diritti che ne derivano, o per ottenere l'esecuzione dell'obbligazione, si avrebbe una norma assai semplice, e certamente meglio idonea ad accrescere fiducia e sicurezza al commercio. Conseguentemente accettò il progetto di assoggettare alla legge locale generalmente tutti i *requisiti essenziali* dell' obbligazione cambiaria, quali veggonsi enumerati nell'art. 1104 del Codice Civile, e che sono la capacità dei contraenti, il consenso valido, un oggetto determinato che possa essere oggetto di convenzione, e una causa lecita per obbligarsi.

Deliberò quindi (2) di inserire nel Titolo *Delle Obbligazioni Commerciali* un apposito articolo con questa formola da me proposta: « I requisiti essenziali delle cambiali e di ogni dichiarazione od obbligazione cambiaria, nonchè le forme e gli effetti degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano, sono determinati rispettivamente dalla legge del luogo dove si emettono le cambiali o si assumono le obbligazioni, e dove si adempiono gli atti anzidetti, salva l'eccezione dell'art. 9

(1) Verb. della Comm. 1869, n. 72.
(2) Verb. della Comm. 1869, n. 389.

delle Disposizioni Preliminari del Codice Civile per coloro che sono soggetti ad una medesima legge nazionale ».

Successivamente in altra adunanza (1), ritornando sull' argomento, considerò non doversi limitare siffatta norma alle sole cambiali e titoli trasmessibili per girata, ma potersi convenientemente estendere *a tutte le obbligazioni commerciali*, le quali sempre più o meno soggiacciono a quelle speciali condizioni, che determinarono l'eccezionale proposta. Laonde ampliando quella formola, e combinandola con l'altra disposizione adottata nell'adunanza del 21 aprile 1870, ne derivò l'art. 57 dell'odierno Progetto, indubitatamente favorevole e provvido ai bisogni ed all' utilità del commercio.

Questa disposizione del Progetto Italiano ottenne un suffragio di distinta approvazione dall' autorevole giudizio che ne fu dato in un rapporto all'Istituto di Francia da un dotto giureconsulto straniero, che in questa materia ha una competenza generalmente riconosciuta (2). (Pag. 206 a 210).

Commissione del 1869.

48. La disposizione dell'art. 39, che dal titolo delle cambiali venne trasportata in quello delle obbligazioni commerciali in generale, ha dato luogo a discussioni sulla massima con esso stabilita.

(1) Verb. della Comm. 1869, n, 448.

(2) « L'art. 56 (del Progetto preliminare) a une importance capitale. Il contient la consacration légale, avec certaines réserves, de la règle de droit: *Locus regit actum.* Le législateur italien a été bien inspiré, et, si les dispositions du projet, combinées avec celles du Code Civil Italien, ne résolvent pas toutes les difficultés, auxquelles peut donner lieu la matière compliquée du conflit des lois diverses, et quant aux lieux et quant aux personnes, elles précisent cependant d'une manière heureuse, en la limitant, la portée de la règle, qui, étendue dans un sens trop absolu, conduirait à des conséquences inadmissibles » (Massé, Étude sur le Projet du Code de Commerce du Royaume d'Italie. — Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, vol. vi, pag. 441).

Il Relatore della Sotto-commissione, pur formulandolo come ora sta, aveva fatto osservare in contrario quanto segue.

L'art. 43 del Progetto (ora art. 39 del Codice), il quale riproduce la disposizione dell'art. 228 del Codice di Commercio vigente, modificato dall'art. 37 dell'Ordinanza Germanica, merita per lo meno un riesame onde presentare la nuova codificazione a livello dei progressi segnati dalla scienza.

La moneta sotto il rapporto giuridico è cosa, ma figurando sotto il rapporto economico ora come misura del valore, ed ora come valore, le conseguenze giuridiche che ne derivano son ben diverse; epperò la legislazione non può dirsi a livello della scienza ove non abbia riguardo a queste diverse conseguenze.

La moneta come cosa destinata a misurare i valori o a rappresentarli si costituisce essenzialmente di un'utilità intrinseca della materia onde si forma, e della spesa necessaria per la sua coniazione; e, qualunque sia la materia onde si costituisce, e qualunque la funzione ch'esercita, ha sempre un valore *nominale* ed un valore *di cambio*.

Il valore nominale vale esclusivamente pel Regno o per lo Stato in cui la moneta è fabbricata, perchè il segno governativo che la caratterizza non ha e non può avere autorità oltre quei limiti (1).

Il valore di cambio all'incontro vale assolutamente ed esclusivamente per le relazioni internazionali (2).

Da ciò consegue che economicamente e giuridicamente, qualunque sia la moneta del Regno, essa ha un corso forzato nel Regno medesimo, epperò non può rifiutarsi ove è data in pagamento al valore nominale (3).

(1) GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts. § 104, p. 1118; PFEIFFER, pag. 53; SAVIGNY, Obl. 424, 443.

(2) GOLDSCHMIDT, loc. cit., pag. 1112.

(3) Il sistema delle misure legali di valore, come mezzo di pagamento, è fondato sul corso forzato, nel senso che alla moneta è attribuito un valore nominale. — Vedi BESELER, KUNTZE, KNIES, WAGNER, MOMMSEN, p. x, xi; ROSCHER, § 116, nota 6. La dottrina di SAVIGNY, che fa delle distinzioni, è combattuta da SOUCHAY: Zeitschr. f. civil. und proc. N. F. IX, pag. 348; e con maggiore esattezza è combattuta anche da GOLDSCHMIDT, loc. cit., p. 1122.

Questa verità è d'altronde vecchia abbastanza, e la Commissione conosce per l'autorità dello Scaccia come in Genova l'introduzione delle nuove monete faceva di diritto cessare il valore nominale delle vecchie, e facoltava il pagamento con le nuove (1). A Roma le monete della Repubblica non ebbero più valore nominale sotto l'Impero (2), e le monete d'ogni imperatore cessavano all'apparire di quelle del successore (3); lo stesso avvenne nel medio evo (4), e come principio fu consacrato nell'associazione Sveva (5), nel regolamento monetario di Costanza (6), e nel Regolamento monetario dell'Impero Germanico dell'anno 1559 (7).

Il corso forzoso dei biglietti di banca nello stato attuale della Penisola non ha fatto che rendere più sensibile l'accennata differenza, ma non ha cangiato e non potrebbe cangiare senza ingiustizia le conseguenze del valore nominale nel Regno.

La teoria della valuta nella moneta è essenzialmente fondata sul corso forzato in generale (8), e la moneta come misura di valore verrebbe a perdere ogni influenza se la sua valuta nel Regno non fosse il valore nominale.

La scienza economica come il diritto ripugnano ad ammettere

(1) SCACCIA, § 2, gl. 3, n. 95, p. 82.

(2) S. MOMMSEN, Deutsche Münz-geschichte, pag. 194, 195, 386, 391, 780, 844; MÜLLER, Deut-Münzg., I, pag. 87.

Per l'applicazione di tale principio vedi: Leg. 1. D. De cont. empt. in Gothof., note 4, 5, 6, 7. — Leg. 1. Cod. de vet. numism. pot. — Nov. Leon. 52. — Nov. Valent. 14. — L. 1. Cod. Th. si quis pecun. — L. unic. Cod. Th. solid. circul. — Sanct. Just. prag. pro pet. vigilii, c. 20. — Edict. Justin., XI.

(3) Vedi MOMMSEN e MÜLLER, loc. cit.

(4) Leggi di Federico II dell'anno 1232; Pertz IV, p. 286; MONE, Period. II, pag. 411.

(5) Münzverein 1423, art. 11; MONE, Period. VI, pag. 272.

(6) Münz-Ordnung del 1400, art. 3; MONE, Ibid.

(7) Reichs-Münz-Ordnung del 1559, § 11. — « Die gemeinen Reichs-Müntzen sollen also von männiglich im Reich in Kauffen und Verkauffen und sonst in Bezahlung bis auf den ein kreutzer inclusive für Wehrschaft ausgegeben, und genommen werden ».

(8) Vedi sup. cit.

che quella moneta, la quale oggi rappresenta cento e domani può rappresentare novanta o cento dieci, debba quale misura di valore rimanere inalterabile.

Una moneta che oggi nella borsa di chi la detiene rappresenta il valore dieci e quindi serve a misurare un'utilità di dieci, non può domani, rappresentando il valore di 11 o di 9, servire a misurare un'utilità di 10 o servire come misura di 10; diminuito o accresciuto il valore che rappresenta, è conseguenza diminuire o accrescere l'utilità cui serve di misura e quindi mutuandosi, dandosi ad interesse o mettendosi in circolazione, non può perdere la sua proprietà per acquistare un'invariabilità, la quale, se d'ordinario è a vantaggio del creditore, può talvolta essergli anche di danno, malgrado tutta la sua previdenza.

Pertanto se la Commissione stimasse utile ritornare sull'esame dell'art. 43 del Progetto, potrebbe forse in esso trovare troppo assoluta la regola segnata nel primo comma (1), e non consentanea alla natura ed allo scopo della lettera di cambio la modificazione introdotta nel secondo comma con l'adozione dell'art. 37 dell'Ordinanza Germanica. (Relazione del prof. Carnazza-Puglisi, — Atti della Commissione, ecc., parte IV, pag. 55 e seg.).

Prevalse però un partito diverso.

Il Presidente, ad onta delle osservazioni addotte in contrario, non esita a ritenere che debba essere confermata la deliberazione, colla quale venne accettato il principio scritto nell'articolo che si discute, anche per il motivo che lo sviluppo ch'ebbe in questi ultimi tempi il commercio di banca giustifica pienamente la sollecitudine, colla quale la legge germanica assunse di proteggere l'osservanza del patto contrattuale sulla valuta da pagarsi.

Anche il comm. Corsi si dichiara favorevole alla conservazione dell'articolo. — Alle conseguenze del corso forzato della moneta nello Stato dal quale fu emessa, il commercio provvede coll'oscilla-

(1) Esso portava: « La lettera di cambio deve essere pagata con la moneta da essa indicata », con disposizione che corrisponde all'art. 293 di questo Codice.

zione dei prezzi, corrispondente all'oscillazione del valore reale della moneta medesima, e non sarebbe saggio quel legislatore che volesse introdurre delle eccezioni alla regola generale del corso forzato della moneta nei limiti del suo territorio.

Trattandosi invece di moneta estera può essere di somma importanza per il commercio il poter stabilire il pagamento in una data specie: a comprovarlo basterebbe addurre per esempio l'uso estesissimo che si faceva, anche negli ultimi tempi, di certe specie di moneta metallica nel commercio con alcuni scáli del levante. — Che se in qualche caso l'obbligo imposto di pagare con *effettivo* le somme espresse in moneta di lontano paese potesse recare delle difficoltà, conviene sempre riflettere che chi si obbliga deve sottostare alle conseguenze della obbligazione assunta, e che in ogni evento soccorre la regola generale della rifazione dei danni per l'inadempimento delle obbligazioni.

Fondata alle premesse considerazioni, la Commissione accetta la disposizione dell'articolo, e la collocazione di esso fra le disposizioni sulle *obbligazioni commerciali in generale.* (Verb., n. 300).

Versandosi sulla redazione di un articolo da collocarsi fra le disposizioni generali per le obbligazioni commerciali all'effetto di regolare il modo di pagamento delle somme che in un contratto si fossero pattuite in moneta non avente corso legale o commerciale nel Regno, il prof. CARNAZZA-PUGLISI propone che in luogo dell'espressione: *in un contratto*, si adoperi l'altra espressione più comprensiva: *in una obbligazione*; ma il PRESIDENTE osserva che se non può escludersi che una obbligazione possa derivare anche indipendentemente da un contratto, il caso però che vuolsi regolare coll'articolo di cui si tratta non può concepirsi all'infuori di una obbligazione contrattuale, e la Commissione si associa a questa idea. (Verb., n. 301).

49. L'on. CASARETTO osserva che questa disposizione (dell'art. 39) non determina se debbasi prendere per base il corso del cambio *a vista*, ovvero il corso del cambio *ad uso*, cioè quello di una cambiale pagabile a tre mesi data. Fra l'uno e l'altro corso è sempre una notevole differenza, e quindi l'esponente propone che si precisi a

quale dei due corsi si deve aver riguardo. La Commissione prende in seria considerazione la osservazione, e riesaminate le ragioni che determinarono quella disposizione e lo spirito di essa, delibera che si debba dichiarare che la base del calcolo va desunta dal corso del cambio *a vista*. (Verb., n. 447).

50. Relativamente ai titoli al portatore, dopo di essersi ammesso il principio che il detentore si presuma proprietario, il quale principio non si sentì poi nemmeno il bisogno di sanzionare con apposita disposizione di legge, e difatti è portato dall'art. 707 del Codice Civile ed è conforme ai principii, il comm. CORSI « crede che siano da prescriversi norme anche relativamente alle cose costituite in pegno o formanti oggetto di contratto di commissione o di trasporto », sovra del che la Commissione deliberò, che « la massima adottata s'intenda applicabile anche ai rapporti di pegno e di commissione. (Verb., n. 72).

Relazione della Commissione Senatoria.

51. L'art. 53 (art. 54 del Codice) stabilisce che quando l'atto è commerciale per una delle parti, tutti i contraenti sono soggetti alla legge commerciale, salvo le disposizioni che riguardano le persone dei commercianti e quelle contrarie alle leggi.

E stato osservato che si dovrebbero concretare le disposizioni alle quali i contraenti per i quali l'atto non è commerciale, non sarebbero soggetti.

Alla Commissione è sembrato che ciò sia espresso nell'articolo in esame, il quale dichiara « tutti i contraenti sono ..... soggetti alla legge commerciale, *fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone* ..... ».

È evidente che al contraente non commerciante non si potrà, per esempio, nè far rimprovero di non aver libri, nè sottoporlo a bancarotta, fallimento, ecc., ma i non commercianti saranno in quel caso egualmente sottoposti alla giurisdizione commerciale, potranno usare ed essere passibili delle prove che la legge commerciale sta-

bilisce, essere soggetti agl'interessi di mora nella misura dell'uso commerciale, ecc.: in una parola non saranno unicamente sottoposti agli obblighi, nè godranno i favori che la legge stabilisce per chi ha l'abitudine dell'esercizio del commercio.

Non ha creduto quindi di variare una formula che nella sua sintesi esprime abbastanza il concetto del legislatore. (Pag. 12).

Discussioni alla Camera dei Deputati.

52. Il Relatore deputato PASQUALI relativamente all'art. 44 ha detto quanto segue:

A questo proposito fu dall'onorevole Indelli sollevata una quistione di diritto. Egli non combatte l'articolo, egli lo approva; ma si è posto un quesito e si è detto: con il nuovo Codice di Commercio è aperta la via, ed è fatto invito ad un nuovo atto di commercio. Già la compra e vendita di beni immobili era di fatto divenuta in molti casi una vera operazione di commercio. Oggi la legge accorda a quest' atto la sua legale patente. Ora l'art. 1314 prescrive per la vendita dei beni immobili l'atto scritto, e lo prescrive ad *solemnitatem*. Quali saranno le conseguenze della prescrizione dell'art. 43 (ora 44) del Codice di Commercio, dopochè la vendita di immobili può essere atto di commercio e come tale esser provata per testimoni, mentrechè per la sua esistenza, a senso della legge civile, vuolsi l'atto scritto? Quale l'interpretazione alla quale si dovrà venire?

Ecco: l'art. 43 nella sua forma stessa risolve, secondo me, il quesito: « Per la compra e vendita dei beni immobili rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile ». Non è più il caso adunque di andar a ricercare se questo articolo (che non parla della solennità degli atti, che non parla di ciò che ne costituisce la forma essenziale, mancando la quale manca l'atto stesso, perchè manca la sua essenza) deroghi alla legge generale, perchè il richiamo alla legge civile toglie ogni incertezza. Questo articolo, che parla della prova, avrebbe potuto lasciare qualche dubbiezza se avesse

taciuto dell'art. 1314 del Codice Civile; ma poichè, dopo aver consentita la prova per testi, vuol rispettato l'art. 1314, è evidente che rimane piena ed in tutto il suo valore la disposizione del Codice Civile per quanto ha tratto agli immobili.

Del resto, noi non dobbiamo considerare questa quistione sotto il solo aspetto dell'atto materiale del trapasso di proprietà, ma dobbiamo anche considerarla nei rapporti coi terzi; e per questi se anche il venditore o l'acquisitore siano commercianti, e se la cosa abbia potuto, in un determinato momento, essere oggetto di commercio, non per questo si sottrae a quella legge generale di guarentigia comune, che è stabilita coll'istituto della trascrizione. E siccome per aver la trascrizione, che è necessaria perchè la vendita sorta il suo effetto nel rapporto coi terzi, è pur necessario che l'atto sia scritto, onde esser presentabile all' ufficio delle ipoteche, perchè segua la trascrizione, egli è per la necessità stessa delle cose che se anche non vi fosse quell' alinea, ch'è prezioso per impedire contestazioni, si dovrebbe affermare che l'art. 1314 non potè essere in guisa alcuna derogato.

L'atto di compra e vendita è inesistente, trattandosi di beni immobili, se non risulta da atto scritto. L'art. 43 (ora 44) non ha a mio avviso, in guisa alcuna potuto vulnerare quel principio (1).

Commissione di coordinamento.

53. Relativamente all'art. 56, la Sotto-commissione per rendere più chiara la redazione e per coordinare questo articolo colle disposizioni delle leggi speciali concernenti i biglietti di banca e gli altri titoli equivalenti, rispetto alla materia di cui in esso si tratta, propose le seguenti modificazioni:

Al primo capoverso che era scritto così: « Quando un titolo al portatore fosse distrutto, l' autorità giudiziaria, citato colui che lo ha creato, e provata la distruzione, può ordinare che al posses-

(1) Atti Parlamentari — Cam. dei Deputati — Legisl. XIV, pag. 8549.

sore sia consegnato un duplicato o un titolo equivalente, con le cautele che reputa opportune », ha sostituito quello che ora forma legge; ed aveva modificato l'ultimo capoverso, che diceva: « Rispetto ai titoli del Debito Pubblico, si osservano le leggi speciali », nella seguente maniera: « Rispetto ai titoli del Debito Pubblico, *ai biglietti di banca od altri titoli equivalenti*, si osservano le leggi speciali ».

Sul dubbio sollevato dall'onor. TAIANI, che le parole *od altri titoli equivalenti* adoperate nello stesso ultimo capoverso, si riferiscano soltanto ai *biglietti di banca*, e non anche ai *titoli del Debito Pubblico* diversi dalle cartelle del Gran Libro, e siano quindi esclusi dalla disposizione della legge i biglietti di Stato, prendono la parola i consiglieri CORRADI e RIDOLFI, gli onor. ORSINI e GENALÀ ed il prof. VIDARI; e la Commissione ritenendo che la locuzione *altri titoli equivalenti* si riferisca tanto ai biglietti di banca, come ai titoli del Debito Pubblico dei quali ha fatto cenno l'on. TAIANI, delibera di modificare il detto ultimo capoverso come segue: « Rispetto ai titoli del Debito Pubblico, ai biglietti di banca E AD altri titoli equivalenti, si osservano le leggi speciali ». (Verb., n. 10).

54. Riguardo all'art. 57, fu discusso se esso dovesse conservarsi; e si fecero fra le altre le seguenti osservazioni:

L'on. ORSINI reputa la disposizione dell'articolo necessaria per disciplinare esattamente e legislativamente il caso di smarrimento e di furto nell'istituto commerciale dei titoli al portatore, e per rendere facili e sicure le relative contrattazioni commerciali; e del resto, soggiunge, essa non è in opposizione alle disposizioni del Codice Civile ed anzi vi si coordina, perchè questo sebbene ammetta in genere la rivendicazione, tuttavia nell'art. 709 obbliga il rivendicante a rimborsare del prezzo il possessore della cosa mobile smarrita o derubata, se l'acquisto ne fu fatto in una fiera o mercato ecc.: il Codice di Commercio invece protegge l'acquisitore di buona fede, escludendo definitivamente la rivendicazione, e facendolo proprietario del titolo.

Era stata fatta proposta dalla maggioranza della Sotto-commissione di un articolo da aggiungersi, dicente: « In caso di smar-

rimento di titoli al portatore si applicano le disposizioni degli art. 328 (ora 329) e seguenti », che governano le materia delle cambiali smarrite; e venne rigettata dalla Commissione, per la considerazione, fra le altre, fatta dal PRESIDENTE, che mentre quelle regole sono opportune per le cambiali, siano invece contrarie alla natura e alle funzioni dei titoli al portatore ed alle necessità del commercio. (Verb., n. 11).

II.

COMMENTO.

Sommario.

1. Il miglior commento delle prime disposizioni di questo titolo del Codice si ha nella Relazione Ministeriale al Senato.

2. Se il contratto fatto per telefono sia da considerarsi fra presenti, ovvero fra assenti.

3. A carico di chi stia la prova dell'essere l'accettazione giunta a notizia del proponente nel termine utile; e come debba fornirsi. Se ciò possa desumersi per presunzione *hominis* dal fatto della spedizione o della ricezione del documento di corrispondenza che contenga l'accettazione medesima.

4. Del termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, e del modo del relativo avviso.

5. L'obbligo del risarcimento dei danni a carico del revocante, stabilito dal penultimo capoverso dell'art. 36, deve essere applicato ristrettamente.

6. La *condizione*, di cui è cenno nell'art. 37, deve essere tale in senso legale, cioè futura ed incerta in sè medesima.

7. Della determinazione del giusto prezzo o prezzo corrente di cui nell'articolo 38: liste di Borsa; mercuriali, ed ogni altra fonte di prova.

8. Larghezza delle prove concedute in difetto di liste di borsa o mercuriali del luogo di esecuzione del contratto; ma quando queste esistano, non può ricorrersi ad altro genere di prove; salvo il caso di frode.

9. Rinvio quanto alla disposizione dell'art. 39.

10. La presunzione di solidarietà nelle obbligazioni commerciali è soltanto *juris:* essa si estende anche alle sentenze di condanna.

11. La decorrenza di pien diritto degl'interessi rispetto ai debiti commerciali suppone, per regola generale, la mora *debendi*, e non la mora *accipiendi*, e suppone pure debiti scaduti: eccezioni.

12. Gl'interessi degl'interessi sono regolati dall'uso mercantile, ed in difetto dal primo capoverso dell'art. 1232 del Codice Civile.

13. Per i primi due mezzi di prova, di cui nell'art. 44, valgono le disposizioni del Codice Civile, con due avvertenze.

14. La sottoscrizione delle parti è essenziale alla prova col mezzo delle note dei mediatori.

15. Cosa sia la *fattura:* quello che le fatture debbano e sogliano contenere, e come si conservino.

16. La fattura accettata è mezzo di prova anche fra non commercianti, purchè si tratti di atto di commercio.

17. L'accettazione della fattura è essenziale per costituire prova, e può farsi con ogni mezzo, ed anche tacitamente. Essa importa anche quella delle condizioni che vi sono inserte. Del tempo il cui trascorso senza reclamo importa tacita accettazione.

18. Se e quali altre condizioni siano necessarie, affinchè la fattura costituisca mezzo di prova.

19. La fattura anche non accettata, fa prova contro chi l'ha formata.

20. La fattura, che generalmente si fa nominativa, può essere formata anche all'ordine od al portatore: fatta al portatore, è trasmessibile da mano a mano; e fatta nominativa, è trasmessibile mediante girata.

21. Effetto della trasmessione o girata della fattura: se essa valga a trasferire un diritto reale sulla cosa, o soltanto un diritto personale di averla da colui che ha emessa la fattura medesima: applicazione alla vendita ed al pegno.

22. Della corrispondenza, e della sua forza probante nei contratti commerciali: quando si tratti di contratti sinallagmatici, e non di sole obbligazioni unilaterali o di confessioni, deve verificarsi l'accettazione dell'offerta: questa può essere anche tacita.

23. Caso in cui l'accettazione contenga aggiunte alla proposta, e l'accettazione stessa, ovvero la risposta che segue alla domanda, portino alcuna diversità.

24. Caso nel quale, nelle proposte di contratti per corrispondenza, sia stato stabilito il tempo per la risposta di accettazione, e caso in cui non sia stato stabilito.

25. Le lettere ed i telegrammi possono essere ritirati, ritrattati e modificati dallo speditore finchè non siano stati ricevuti da quegli cui sono diretti, o da chi per lui: sino a tal momento sono di proprietà del primo: dopo lo divengono del secondo.

26. Le lettere ed i telegrammi sono atti privati, e vi sono applicabili gli art. 1320 a 1323 del Codice Civile. Timbro postale e privato. Presunzione *juris* di verità della data dei telegrammi.

27. Del libro copia-lettere e telegrammi, e dei suoi estratti autentici come prove in giudizio.

28. Come i documenti di corrispondenza possano far prova anche contro i terzi, ed a favor loro, quando siano stati scambiati fra le parti o loro rappresentanti. Essi non sono ammessi in giudizio, laddove siano stati procurati con male arti o con mezzi delittuosi.

29. Caso nel quale essi dovessero comunicarsi dal destinatario al terzo per incarico del mittente.

30. Il terzo non può valersene in giudizio, quando il suo possesso non sia legittimo.

31. Il destinatario ha facoltà di comunicare i documenti di corrispondenza ad un terzo, per essere prodotti in giudizio: non può però esservi obbligato, e la detta facoltà cessa quando la corrispondenza abbia carattere confidenziale.

32. A carico di chi debbano cadere i danni dei ritardi nel servizio della posta e dei telegrafi, e degli errori e delle alterazioni dei telegrammi. Interpretazione ed applicazione dell'art. 46.

33. Opportunità della disposizione dell'art. 47.

34. Praticamente non si potrebbero adoperare telegrammi da un'autorità giudiziaria ad un'altra per sequestri e pignoramenti, giusta il desiderio espresso da qualche scrittore.

35. Cenno delle leggi e dei regolamenti speciali concernenti la corrispondenza telegrafica, in quanto si riferiscono alla prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni.

36. Dell' autorità dei libri di commercio a far prova in giudizio.

37. Come possano far prova in giudizio anche i libri di commercio ausiliari.

38. In cosa consista la tenuta regolare dei libri di commercio.

39. Della facoltà attribuita ai giudici di ammettere i libri di commercio a far prova.

40. Della condizione a ciò stabilita dalle leggi, che cioè si tratti di controversie fra commercianti in materia di commercio.

41. Del conflitto che può verificarsi fra i libri commerciali delle varie parti.

42. Del dubbio, se per ammettere i libri di commercio a far prova, l'operazione debba essere commerciale per tutte le parti.

43. Della efficacia probatoria dei libri di commercio rispetto ai non commercianti: se essi rendano ammessibile la prova per testimoni a complemento delle loro risultanze; e quando non sia ammessibile nè quest'ultima prova, nè il giuramento suppletivo.

44. I libri di commercio continuano ad avere efficacia anche dopo che il commerciante abbia cessato dall'esercizio del commercio.

45. Della proibizione di produrre e di ammettere a far fede in giudizio i libri di commercio irregolarmente tenuti.

46. Della regola sancita nell'art. 50, che i libri dei commercianti fanno prova contro di essi; e dell'avvertenza di non potersene scindere il contenuto da chi ne voglia trarre vantaggio.

47. La detta prova ne ammette altre in contrario.

48. Quale fede meritino i libri del commerciante fallito, secondo che siano tenuti regolarmente, o no, e secondo che s'invochino dal fallito a suo favore o da altri contro di lui, o s'invochino a favore della massa dei creditori contro terzi, od a favore di terzi contro la massa: esempio riguardo ai soscrittori di effetti di favore al fallito.

49. Del giuramento che può essere deferito d'ufficio sull'oggetto controverso nel caso di rifiuto della produzione dei libri di commercio.

50. Ragioni dell'art. 52, e come differisca dalla disposizione dell'articolo 44, terzo capoverso.

51. Della prova per testimoni in materia commerciale: per regola generale è ammessa: eccezioni per le compre e vendite d'immobili, per le quali è sempre necessario l'atto scritto, e per i casi nei quali il Codice di Commercio prescrive la prova per iscritto, nei quali non è ammessa la prova testimoniale se non in quanto sia permessa dal Codice Civile: quali sono questi casi; e come la prova testimoniale possa essere permessa.

52. Degli altri mezzi di prova ammessi dalle leggi civili, a cui l'art. 44 si riferisce.

53. Della innovazione alla legislazione precedente, che consiste nell'applicare per regola generale la legge commerciale a tutti i contraenti, sebbene l'atto sia commerciale per una parte soltanto; e delle eccezioni alla regola generale medesima.

54. Rinvio alla parte I quanto alla illustrazione dell'art. 55.

55. Cosa sono i titoli al portatore: loro specie, e loro natura giuridica.

56. Il debitore non è obbligato di pagarli che contro la loro consegna, e paga regolarmente al portatore, chiunque esso sia.

57. Contro i titoli al portatore non possono opporsi altre eccezioni che quelle derivanti dalla loro condizione estrinseca.

58. Non possono estinguersi per compensazione.

59. Perchè e come il possessore di titoli al portatore logori o guasti, e distrutti, abbia diritto a titolo duplicato od a titolo equivalente.

60. Del caso di distruzione parziale.

61. Come debba procedersi per appurare la realtà dei titoli al portatore resi logori o guasti, per far luogo alla emissione di duplicati o titoli equivalenti; e dei casi in cui venga a constare della falsità o falsificazione loro.

62. Del còmpito dell'autorità giudiziaria nel caso della domanda di titolo al portatore duplicato od equivalente, per causa di distruzione.

63. Della natura, misura e durata delle cautele che l'autorità giudiziaria può stabilire, ordinandone la consegna.

1. Le prime disposizioni di questo importantissimo titolo del Codice, che governa la materia delle obbligazioni commerciali in generale, riguardano i contratti bilaterali e le unilaterali promesse fra persone lontane.

Ho riferito superiormente la illustrazione che ne dà la dotta Relazione Ministeriale al Senato del Regno; ed allo stato attuale delle cose, cioè prima che la pratica attuazione di quelle disposizioni abbia maggiormente rivelato i dubbi a cui esse possano per avventura dare ancora luogo ed i modi di risolverli, quella illustrazione ne costituisce il migliore ed il più autorevole commento (1).

Per essa difatti è dimostrata la importanza fondamentale della

(1) Su questi articoli, I, n. 1 a 14.

quistione che è risoluta dalle dette disposizioni, e che consiste nella determinazione del tempo e del luogo in cui si perfezionano i contratti fra persone lontane; la quale importanza si verifica specialmente rispetto alla determinazione della legge regolatrice dei contratti, della giurisdizione competente a pronunciare sulle relative controversie, e del momento in cui avvenga il trapasso dei diritti che formano oggetto della contrattazione e si formi il vincolo irrevocabile fra i contraenti, e diventa maggiore quando i due contraenti risiedono in Stati diversi: sono indicati i precedenti di legislazione, di dottrina e di giurisprudenza che stavano pei due diversi sistemi, del considerare cioè perfetto il contratto *inter absentes* allorchè il consenso dell'accettante pervenga a notizia del proponente, oppure del ritenerlo perfetto nel momento in cui l'accettazione siasi manifestata in qualsiasi modo, ovvero sia stata trasmessa all'offerente, ovvero ancora sia a questi pervenuto il documento materiale contenente l'accettazione, senza ricercare se egli ne abbia preso cognizione: sono pure indicate le teorie di scrittori che risolvono la quistione con distinzione di casi, adottando sistemi misti od eclettici: sono spiegate le ragioni della preferenza accordata al primo sistema: è data pur ragione delle disposizioni che governano l'applicazione della regola generale, la temperano in certi casi e vi apportano eccezioni; ed è anche chiarito quando e perchè la proposta e l'accettazione siano revocabili, e perchè e come la revoca della proposta e dell'accettazione possa talora obbligare al risarcimento dei danni che ne siano derivati all'altra parte.

Perciò non molto mi rimane a soggiungere in questa materia.

2. Il contratto bilaterale fra persone più o meno lontane ha luogo d'ordinario per corrispondenza epistolare o telegrafica; ma il progresso delle scienze fisiche avendo testè introdotto il nuovo modo di comunicazione, che consiste nel telefono, è stato posto da un chiaro cultore delle discipline giuridiche il quesito, se il contratto per telefono appunto sia contratto fra assenti, oppure fra presenti, in relazione al modo con cui si fa uso di tale ritrovato, cioè mettendosi le parti in diretta comunicazione fra loro col suo

mezzo: e rispose doversi considerare contratto fra presenti e non fra assenti, per il motivo sostanzialmente, da lui ampiamente svolto, che il telefono fa sì che ciascuno dei contraenti, nello stesso atto e momento in cui si scambiano le loro dichiarazioni, possono percepirle e prenderne cognizione, e che questo sia il carattere essenziale del contratto fra presenti (1).

Il prof. VIDARI sostenne invece che tale contratto abbia a riguardarsi fra assenti, sul fondamento della proposizione, alla quale egli pure diede opportuno svolgimento, che non basti la simultaneità della percezione e della cognizione della domanda e della risposta a costituire il contratto fra presenti, ma occorra per di più che i due organi da cui la domanda e la risposta provengono siano presenti, ed occorra che le persone dei contraenti siano presenti *animo et corpore* (2).

Il Monitore dei Tribunali di Milano, che aveva fatto adesione all'opinione del GABBA, replicò allo scritto del prof. VIDARI (3), difendendo l'opinione stessa; e questi ritornò sull'argomento, persistendo nell'opinione sua (4).

A me sembra doversi considerare il dubbio sotto l'aspetto pratico dell'importanza che esso può avere nei contratti commerciali che si facciano col nuovo mezzo di comunicazione, che è il telefono, come veramente se ne fanno.

La distinzione dei contratti fra presenti e fra assenti ha importanza pratica, come ho pur rammentato or ora, per determinare il *momento* ed il *luogo* in cui il contratto possa ritenersi perfetto, affine di conoscere *quando* e *dove* sia avvenuto il *vinculum juris*, ed affin di sapere, o se le parti vi siano veramente obbligate, ovvero da quali usi o da quali leggi (nel caso di diversità di Stato) il

(1) Prof. GABBA, « Il telefono e la giurisprudenza », nel Giornale delle Leggi, anno 1882, pag. 313, e nel Monitore dei Tribunali, anno 1882, n. 41.

(2) VIDARI, « I contratti per telefono », nel detto Giornale delle Leggi, stesso anno, pag. 329.

(3) Monitore dei Tribunali, anno 1882, n. 43.

(4) Giornale delle Leggi succitato, anno 1882, pag. 353.

contratto debba essere governato, e quali autorità siano competenti a conoscere delle controversie che ne sorgano.

Sotto il primo aspetto, cioè riguardo al momento della perfezione del contratto, le negoziazioni fatte per telefono non possono dar luogo a difficoltà, perchè l'apparecchio telefonico propagando la voce per modo da permettere ai contraenti di percepire le rispettive loro dichiarazioni nell'atto stesso in cui se le scambiano, così come accadrebbe se fossero in presenza, la loro lontananza fisica non ha entità giuridica: i loro organi della voce e dell'udito funzionano come se fossero presenti: non si può quindi parlare di accettazione che giunga, ovvero no, a notizia del proponente nel termine utile di cui nell'art. 36, tutto essendo contemporaneo; e per ulteriore conseguenza non può praticamente sorgere, come dicevo, difficoltà alcuna.

La difficoltà invece può sorgere, e la quistione avere importanza pratica, sotto il secondo aspetto, cioè riguardo al luogo in cui il contratto per telefono possa ritenersi perfezionato, allorquando le parti comunicano con quel mezzo da luoghi diversi; imperciocchè nel caso in cui questi luoghi si trovino situati sotto diverse giurisdizioni di Preture o di Tribunali, converrà stabilire quale Pretura o Tribunale sia competente a conoscere della controversia: nel caso in cui debba ricorrersi agli usi mercantili, e gli stessi luoghi siano governati da usi diversi, converrà sapere quali debbano applicarsi; e nel caso in cui si tratti di luoghi situati in diversi Stati — ipotesi che difficilmente si verificherà nella condizione attuale delle applicazioni del telefono, ma che è pur possibile, ed è fatta dal primo dei lodati scrittori — converrà sapere se debba applicarsi la legge dell'uno, ovvero dell'altro Stato.

In questi casi si ha bensì la immediata e contemporanea percezione delle rispettive dichiarazioni delle parti, che si verifica mercè il telefono, il quale vincendo la distanza propaga la loro voce, ma manca l'elemento del trovarsi i due contraenti in vista l'uno dell'altro; ed è pur necessità stabilire il luogo in cui il contratto abbia a riguardarsi perfetto, perchè sulle contestazioni sorte dallo stesso contratto non possono decidere giudici diversi, e non

possono alle contestazioni medesime applicarsi usi diversi e diverse leggi.

Ora mi sembra, questa necessità di stabilire il luogo in cui il contratto abbia a riguardarsi perfetto, tra i due luoghi diversi in cui le parti si trovino, basta a dare al contratto per telefono il carattere di contratto fra assenti, per il motivo principalmente che *luogo diverso* e *presenza* sono concetti e termini contraddittorii; e siffatto principale motivo giustifica, a mio modo di vedere, la teoria del VIDARI.

Nel sistema pertanto che è stato adottato dal Codice, di riguardare cioè perfetto il contratto fra gli assenti, allorquando l'accettazione giunga a notizia del proponente nel termine utile, anche i contratti per telefono, come quelli per corrispondenza epistolare o telegrafica, si diranno divenuti perfetti nel luogo in cui si trova il proponente e gli perviene la notizia dell'accettazione; e conseguentemente saranno sottoposti ai giudici del luogo medesimo, e vi si applicheranno le leggi e gli usi mercantili quivi vigenti.

3. Nel detto sistema adottato dal nostro Codice, l'accettazione deve essere propriamente giunta a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, od in quello ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, affinchè il contratto sia perfetto; e sorgendo contestazione sovra questo punto, dell'essere, o no, la accettazione pervenuta propriamente a notizia del proponente, dovrà naturalmente, e secondo i principii in materia di pruove (art. 1312 del Codice Civile), darsene la dimostrazione da colui che domanda la esecuzione del contratto.

La dimostrazione stessa potrà fornirsi coi mezzi annoverati nell'art. 44 di questo Codice, e con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili, come l'articolo stesso stabilisce, e così anche colle presunzioni, e cioè colle conseguenze che la legge od il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (art. 1349 e seg. del Codice Civile), e senza la limitazione portata dall'ultima parte dell'art. 1354 dello stesso Codice, cioè anche nei casi in cui la legge non consenta la prova per testimoni; e ciò perchè in materia commerciale siffatta prova può sempre essere ammessa dall'autorità giudiziaria.

Riguardo alle presunzioni dell'uomo, accadrà soventi che dal fatto della spedizione del documento di corrispondenza contenente l'accettazione, vorrà desumersi la sua recezione da parte del proponente, e dalla recezione vorrà desumersi che il proponente abbia avuto notizia dell'accettazione medesima, per l'effetto della perfezione del contratto. Anche codeste presunzioni potranno essere dal giudice accolte, se altre presunzioni concorreranno in tal senso, e se nelle circostanze particolari del caso egli troverà nella sua prudenza che fra tutte siano gravi, precise e concordanti, giusta la regola dell'art. 1354 del Codice Civile; e così potrà farlo se, per modo di esempio, la lettera non sarà stata affidata semplicemente alla posta, ma sarà stata raccomandata, e tanto più se si avrà avuto cura di farne ritirare ricevuta; se si avranno testimoni dell'essere la lettera stessa pervenuta al destinatario, qualunque sia il mezzo con cui è stata spedita; se si verificheranno circostanze che autorizzino a ritenere che il destinatario l'abbia letta, ed in altri simili casi.

E non mi sembra che possa per avventura argomentarsi in contrario dal non avere il nostro legislatore accettata per la perfezione del contratto fra assenti, nè la teorica detta della *spedizione*, nè quella denominata della *recezione* (1), quasicchè alla recezione e spedizione del documento portante l'accettazione della proposta non dovesse darsi alcun valore: questa sarebbe una erronea esagerazione del concetto del legislatore, il quale ha bensì voluto che il fatto della spedizione e della recezione del documento contenente l'accettazione non potesse erigersi a piena prova dell'accettazione stessa, ma non ha però voluto dispogliarlo di ogni significato e valore: in altri termini non ne ha voluto fare una presunzione *juris et de jure* della notizia che al proponente sia giunta dell'accettazione, ma non ha voluto pur tuttavia negargli la forza anche di una presunzione semplice nel senso di impedire al giudice di accoglierla quando nella sua prudenza la creda fondata, per verificarsi pure il concorso di altre presunzioni gravi, precise e concordanti.

4. Quanto al termine entro il quale l'accettazione deve giun-

(1) Su questi articoli, I, n. 2 e 7, e note 2ª e 3ª a pag. 420.

gere a notizia del proponente, nel caso in cui non sia stato da questi stabilito, dovrà nelle circostanze particolari di ciascun caso ricercarsi quale sia quello ordinariamente necessario, come dice l'art. 36, allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio, ed anche secondo le distanze dei luoghi, come venne giudicato (1); e giova solo avvertire che in generale dovrà aversi riguardo al tempo necessario al detto scambio secondo il mezzo più ordinario di comunicazione, che consiste nelle lettere portate dalla posta, tenendo però conto della celerità propria degli affari di commercio (2), piuttosto che col mezzo dei telegrammi, che è pur sempre mezzo straordinario, salvo che l'offerta sia stata fatta telegraficamente, nel qual caso si dovrebbe generalmente ritenere che la risposta dovesse pur farsi per telegramma, perchè per regola generale il mezzo con cui si fa l'offerta indica di per sè quello col quale si vuole la risposta (3), e salvo pure che gli usi generali mercantili ne portassero l'adozione, come si verifica per modo di esempio nelle contrattazioni dei titoli di credito circolanti in commercio, delle azioni di società e simili, le cui contrattazioni da luogo a luogo si sogliono fare telegraficamente: essendo però ben inteso che anche in questi ed in simili casi, quando la proposta fosse fatta per lettera anzichè per telegramma, potrebbe collo stesso mezzo farsi pervenire l'accettazione, perchè la presunta volontà delle parti interverrebbe a modificare il diverso uso, secondo la facoltà che certamente loro ne spetta (4).

Venne a buon diritto giudicato, che l'offerta fatta per nunzio espresso (il che può verificarsi specialmente nei paesi di difficili comunicazioni), vale per sè, in difetto di contraria dichiarazione, a manifestare la volontà che l'accettazione od il rifiuto vengano partecipati per lo stesso nunzio, e che fino al ritorno di costui l'offerente sia obbligato a perseverare nell'offerta (5).

(1) Cassaz. di Napoli 5 aprile 1881, De Angelis c. Prencipe.
(2) LAURENT, Princ. de dr. civ. franç., tom. XV, n. 477 in fine.
(3) LAURENT, ibid., in princ.
(4) Sugli art. 1 e 2, II, n. 9.
(5) Cassaz. Napoli, sentenza succitata.

E come altro esempio di decisione pronunciata in questa materia, accenno che fu ritenuto che il committente di compra di effetti pubblici a termine, il quale abbia dato il relativo incarico per telegrafo, con richiesta di risposta pur telegrafica, può respingere il contratto conchiuso dal commissionario, se la risposta non gli arriva nel giorno stesso; ma però s'intende avere egli rinunciato a tale diritto se, dopo cessata la possibilità di avere nel giorno stesso la risposta telegrafica, egli abbia confermato l'incarico e dimostrato così di accettare l'affare, non ostante la tarda risposta (1).

Anche l'avviso che il proponente deve dare *immediatamente* all'accettante, di ritenere efficace l'accettazione, sebbene sia giunta in ritardo, dovrà darsi subito sì, ma col mezzo ordinario della lettera per posta, ovvero con quello del telegramma, secondo sia portato dagli usi mercantili.

5. Il penultimo capoverso dell'art. 36 porta una disposizione che è la conseguenza del principio stabilito nella prima parte dell'articolo stesso: è ben naturale che il contratto fra assenti non essendo perfetto finchè l'accettazione non sia giunta a notizia del proponente, o nel termine da questo stabilito, od in quello derivante dalla natura del contratto, tanto il proponente quanto l'accettante debbono poter revocare rispettivamente la proposta e l'accettazione, perchè nulla essendovi di definitivamente inteso, ciascuno di essi è ancora libero della propria volontà.

Nello stabilire poi tale facoltà di revoca, il legislatore si è preoccupato della eventualità che la notizia ne giunga all'altra parte quando questa abbia già intrapresa l'esecuzione del contratto: a rigor di diritto e di logica, le conseguenze ed i danni che possono derivarne dovrebbero cadere a suo carico, perchè se non era ancora perfetto il contratto, e se l'altra parte ha usato del suo diritto nel revocare o la proposta o l'accettazione, secondo i casi, la intrapresa esecuzione sarebbe stata prematura; ma per considerazioni di equità si è voluto modificare la rigorosa illazione, e si è stabilito che se la revoca giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa

(1) Trib. Venezia 4 febb. 1874, Gasperini e Codognato c. Pinetta.

abbia intrapresa l'esecuzione del contratto, il revocante sia tenuto a risarcire i danni che ne siano derivati. E così facendo, si è seguita l'opinione che lo spirito appunto di equità suggeriva al BALDO, che dopo avere sulla L. 1, Dig. *Mandati* professata la dottrina della revocabilità della proposta prima che il contratto divenisse perfetto, soggiunse l'osservazione: « Puto tamen quod recipiens nuncium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuncium vel epistolam, ante certiorationem vel scientiam de paenitentia mittentis, ad expensas et damna posset agere »; la quale osservazione s'informa, come osserva il MERLIN (1), alla regola di equità: « Nemo ex alterius facto praegravari debet ».

Però giova ben badare alla ragione di questa disposizione eccezionale, perchè, come si è veduto, essa non discende a rigor di logica dal principio, e la stessa sua ragione consiglia a contenerla nella sua applicazione in certi limiti.

La Relazione Ministeriale al Senato spiega che la disposizione in esame nacque da ciò: che nel sistema del ritenere perfetto il contratto fra assenti nel momento in cui giunga al proponente la notizia dell'accettazione, era stato avvertito l'inconveniente, che della facoltà del pentimento e della revoca mantenuta a favore del proponente, anche dopo essere stata dall'altra parte spedita l'accettazione, deriverebbe la necessità nell'accettante di non intraprendere l'esecuzione del contratto, senza prima essersi assicurato dell'arrivo della sua accettazione; che per tal modo si sarebbe creata la necessità di ritardi nelle operazioni commerciali, mentre invece la celerità è tanta parte del loro successo, e che si doveva perciò proteggere chi *in buona fede* intraprendesse l'esecuzione di una operazione proposta ed accettata, liberandolo dai danni cui venisse esposto da pentimenti e revoche, *figlie di leggerezza e forse anche talvolta di un proposito di frode*, che speculi sulla mobilità dei prezzi (2).

Pertanto sia pure che la parte la quale revoca la sua proposta o la sua accettazione prima della perfezione del contratto, possa essere

(1) Répert., V. Vente, § 1, art. III, n. XI in fine.

(2) Su questi articoli, I, n. 10.

tenuta a corrispondere indennità all'altra parte, la quale ne abbia intrapresa la esecuzione prima che la revoca giunga a sua notizia; ma poichè questa è deroga al principio di ragione che « qui jure suo utitur nemini injuriam facit », motivata da un riguardo di equità, l'applicazione della disposizione deve essere contenuta in certi confini; e se l'applicazione stessa dovrà certamente essere fatta ogni volta che si tratti di revoca che sia dolosa od anche effetto di leggerezza da parte del revocante, dovrà pure richiedersi il concorso della buona fede da parte di quegli che per avere intrapresa la esecuzione del contratto, reclamasse risarcimento di danni per la sopravvenuta revoca.

6. Come è stato detto nella or rammentata Relazione Ministeriale al Senato del Regno, la disposizione dell'art. 37, secondo cui un'accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto della proposta, accompagnata da proposta novella, venne tolta dall'art. 322 del Codice di Commercio Germanico, ed è legittima conseguenza dei più sicuri principii di diritto e di ragione (1).

Giova perciò rammentare la discussione a cui l'articolo stesso ha dato luogo nelle Conferenze di Norimberga, in cui venne elaborato quel Codice. Esso era stato proposto all'oggetto di fissare riguardo alle accettazioni condizionate una regola di diritto conforme all'uso mercantile, anche per gli Stati nei quali fino allora l'uso medesimo non era osservato: alcuni Deputati però avevano proposto di ometterlo, perchè sebbene fosse indubitato che l'accettazione contenente essenziali modificazioni o limitazioni dell'offerta non potesse valere quale un'accettazione atta a rendere perfetto un contratto, pure colla proposta disposizione di legge concepita in termini generali, si potesse dare origine a moltiplici litigi intorno all'attitudine dell'accettazione a rendere perfetto il contratto, e nel caso specialmente in cui l'accettante avesse vincolata la sua accettazione ad una condizione, o che fosse già verificata quando l'offerente riceve il riscontro, o che fosse tale da non avere i caratteri di una condizione nel senso legale, oppure se egli avesse dichiarato di accettare apportando

(1) Su questi articoli, I, n. 5.

qualche limitazione nel prezzo o nella quantità della nuova offerta; ma la maggioranza deliberò di conservare l'articolo, non ostante queste obbiezioni, e respinse l'ulteriore proposta di spiegare che in questo luogo si intendesse parlare di condizioni nello stretto senso giuridico. Ed in seguito si dichiarò concordemente che già s'intende da sè che l'articolo non comprende le cosidette *conditiones praesentes*, nè quelle che l'offerente sapesse che si fossero verificate quando ricevette l'accettazione (1).

Queste considerazioni dei legislatori tedeschi giovano anche alla intelligenza del nostro art. 37, e sono certamente giuste, perchè la condizione dipende per la sua natura giuridica da un avvenimento *futuro* ed *incerto*, e non può essere costituita da un avvenimento invece *presente* e *certo*, giusta il nostro diritto (art. 1157 del Codice Civile), e giusta anche gl'insegnamenti del Giureconsulto, che cioè « Tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur » (2), e « Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant (3): Quae enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint » (4).

Il rifiuto poi della proposta fa cadere nel nulla la proposta medesima, la quale non vincola più il proponente; onde sarebbe inefficace l'accettazione che dopo il rifiuto avesse a farsene da chi volesse ritirare il rifiuto medesimo: il proponente sarebbe già stato liberato dal prestato consenso e l'accettazione tardiva più non varrebbe a produrre l'incontro delle volontà dei due contraenti (5).

7. Nella rapida vicenda degli affari commerciali non potendosi sempre discendere ai particolari, accade non di rado che si lasci indeterminato il prezzo: l'art. 60 del Codice lo permette per la

(1) Venturi, Il Cod. di Comm. attivato nell'Austria, ecc., spiegato coi processi verbali delle Conferenze di Norimberga, sull'art. 322, pag. 645.

(2) L. 39 Dig. De rebus creditis.

(3) L. 120 Dig. De verb. obbligat.

(4) Instit., Lib. III, Tit. XVI, § 6.

(5) Cassaz. Torino 19 dicembre 1877, Razzetta c. Pizzigoni.

vendita commerciale; e talvolta ciò è portato dalla necessità stessa delle cose, come per esempio quando si tratta di calcolare il danno derivante da perdita o da avaria delle cose trasportate, il cui prezzo non siasi determinato all'atto del trasporto. In questo caso si presume che le parti siansi riportate al *prezzo giusto* od al *prezzo corrente*, di cui è cenno nel succitato art. 60, e da ciò tutto la opportunità della disposizione dell'art. 38, in cui si indica il modo col quale determinare il giusto prezzo ed il prezzo corrente delle derrate, delle merci, ecc.

Le leggi speciali od i regolamenti che, mentre scrivo, si aspettano tuttavia sulle Borse di Commercio, giusta la riserva fattane nell'art. 2 di questo Codice, stabiliranno le discipline per le Borse medesime e le garanzie per la esattezza delle loro *liste*, le quali sono destinate a riassumere i prezzi degli effetti pubblici, delle azioni, dei cambi e di quanto in esse si negozia, e delle quali liste di Borsa fa cenno l'art. 38.

Le *mercuriali* riassumono i prezzi degli oggetti che si negoziano sui mercati, la cui istituzione, al pari di quella delle fiere, è dalla Legge 17 maggio 1866, n. 2933, attribuita ai Consigli comunali nelle, località dipendenti dalla loro amministrazione; e questi oggetti sono d'ordinario le *derrate*, cioè gli oggetti raccolti o fabbricati, destinati specialmente al nutrimento ed al mantenimento degli uomini e degli animali, e tali da essere interamente consumati o trasformati al primo uso (1): le stesse mercuriali sono formate a cura delle amministrazioni comunali, ed in base a regolamenti da esse formati.

Tanto per le liste di Borsa, quanto per le mercuriali, l'art. 38 stabilisce che debbano valere quelle del luogo di esecuzione del contratto, ed in mancanza quelle del luogo più vicino, e soggiunge che debba pur ricorrersi ad ogni altra fonte di prova.

Ciò significa che allorquando nel luogo di esecuzione del contratto vi sono o liste di borsa, o mercuriali, secondo i casi, il giusto prezzo od il prezzo corrente si deve desumere senz'altro

(1) Sugli art. 3 a 7, II, n. 6.

da esse; e che quando queste non esistano nel luogo stesso di esecuzione del contratto, il giusto prezzo od il prezzo corrente si può desumere sia dalle liste di Borsa o dalle mercuriali del luogo più vicino a quello della esecuzione, sia da ogni altra fonte di prova.

La scelta è lasciata al prudente arbitrio del giudice, al quale le parti dovranno naturalmente fornire le prove medesime.

E quali norme a codesta scelta tra le liste di Borsa o le mercuriali del luogo più vicino, e le altre fonti di prova, mi sembrano opportune le seguenti avvertenze.

Il luogo *più vicino* è cosa relativa: può essere *più vicino* anche un luogo *considerevolmente lontano*: un luogo che sia appunto considerevolmente lontano da ogni centro commerciale, può tuttavia essere *meno lontano* e quindi *più vicino* ad uno di questi centri: se quando si tratti di determinare il prezzo degli effetti pubblici e dei titoli industriali e dei prezzi in generale risultanti dalle liste di Borsa, l'applicazione dei prezzi portati dalle liste anche di luogo più o meno lontano, non può portare inconvenienti, perchè i prezzi degli effetti pubblici e dei titoli industriali, ed in generale di ciò che si fa risultare dalle liste di Borsa, non possono essere sensibilmente diversi nelle località che non sono centri di commercio e non hanno Borse, in confronto delle località che sono tali ed hanno Borse; invece i prezzi delle derrate possono essere e sono notevolmente diversi secondo la diversità delle località, o per difetto di ricerca o di offerta, o per mancanza o difficoltà di strade e di trasporti, o per altre cause simili. E perciò laddove non vi siano mercuriali nel luogo della esecuzione del contratto, ed il luogo più vicino in cui ve ne siano si trovi pur tuttavia abbastanza lontano, dovrebbe attingersi la dimostrazone del prezzo giusto o corrente delle derrate dalle altre fonti di prova, come perizie, testimonianze e simili, anzichè dalle mercuriali del luogo più vicino.

8. Collo stabilire che, in mancanza delle liste di Borsa e delle mercuriali nel luogo di esecuzione del contratto, si possa desumere il prezzo giusto e corrente da quelle del luogo più vicino e da *ogni altra fonte di prova*, si è voluto significare che a ciò

debba procedersi anche con testimoni e con altri mezzi, come si è veduto superiormente (1); ma agli stessi altri mezzi di prova non potrà però ricorrersi se non in mancanza propriamente di liste di Borsa e di mercuriali nel luogo di esecuzione del contratto.

La disposizione dell'art. 38 in tal caso è imperativa; e colla lettera della legge concorre il suo spirito, poichè rimettendosi essa alle risultanze di documenti circondati da garanzie di esattezza e precisione, ha voluto eliminare le lunghe e spesso difficili indagini che altrimenti sarebbero a tal fine necessarie.

Ciò però non esclude il diritto di dimostrare la frode che per avventura sia intervenuta a danno di taluna delle parti: suppongasi, a mo' d'esempio, che si tratti di determinare il giusto prezzo di titoli industriali che assai di rado si quotino alla Borsa e che con talun contratto simulato e coll'intervento collusivo o compiacente di qualche mediatore, od anche sorprendendone la buona fede, siansi fatti artificiosamente quotare i titoli stessi a prezzo maggiore o minore del giusto: mi sembrerebbe non potersi niegare al danneggiato la facoltà di provare simili fatti e di stabilire con altre dimostrazioni il prezzo veramente giusto, contro una quotazione fatta bensì in una lista di Borsa, ma con tali fraudolenti mezzi.

Non è possibile stabilire regole al riguardo, e tutto dipende dalle circostanze, la cui estimazione deve affidarsi alla saviezza dei Tribunali.

9. I lavori legislativi preparatori surriportati (2) giustificano pienamente la disposizione dell'art. 39 relativa ai casi in cui in un contratto sia indicata moneta che non abbia corso legale o commerciale nel Regno, e non ne sia stato espresso il corso; e la illustrano con le discussioni anche scientifiche intorno ai vari sistemi che potevano adottarsi: onde nulla mi sembra di dover qui aggiungere, tanto più che già ho avuto occasione di rammentare il concetto del *cambio a vista,* di cui si parla in questo articolo (3).

(1) Su questi articoli, I, n. 16.
(2) Su questi articoli, I. n. 17, 48 e 49.
(3) Sugli art. 3 a 7, II, n. 29.

10. Anche la regola della presunzione di solidarietà fra i condebitori nelle obbligazioni commerciali, e per il fideiussore che garantisce un'obbligazione commerciale, non che la eccezione riguardo ai non commercianti per le contrattazioni che, rispetto ad essi, non sono atti di commercio, le quali sono stabilite nell'art. 40, trovano ampia giustificazione ed illustrazione nella Relazione Ministeriale al Senato surriportata (1), e qui basta riferirvisi, aggiungendo solo le seguenti poche osservazioni.

Venne a giusta ragione mantenuta la sanzione che già il precedente Codice di Commercio Italiano aveva dato al principio della solidarietà, che acconciamente da un illustre scrittore fu detto essere il principio protettore del credito commerciale (2); e venne pure spiegato, il che deve essere ben ritenuto, che si tratta non già di una presunzione *juris et de jure*, la quale non ammetta prova in contrario, ma semplicemente di una presunzione *juris*, che cessa a fronte della prova di una contraria volontà dei contraenti, la quale, come dice la lodata Relazione Ministeriale, può risultare sia dalle loro stipulazioni, sia anche dall'indole e dall'oggetto del contratto e dalle usanze del commercio: però convien ammettere che ben difficilmente si verificherà il caso che per l'indole e per l'oggetto del contratto e per gli usi mercantili un' obbligazione commerciale abbia a ritenersi non solidaria.

Generalmente le sentenze che si pronunciano contro più obbligati, o contro fideiussori in materia commerciale, contengono la loro condanna solidaria al relativo pagamento, ma può pure accadere, ed è accaduto, che la solidarietà non venga nella sentenza di condanna espressa; e potrebbe dubitarsi, come si è dubitato effettivamente, se la condanna abbia a ritenersi solidaria per gli effetti anche della esecuzione: a me sembra che la condanna debba ritenersi tale ad ogni effetto, perchè la presunzione *juris* dell'articolo 40 non fa distinzione alcuna, e deve quindi applicarsi a qualunque obbligazione, dipenda essa da titolo qualsiasi, o trovisi

(1) Su questi articoli. I, n. 18.

(2) PESCATORE, Logica del diritto. Vol. I, parte 2ª, XXIII.

consacrata da decisione di giudice, e perchè la solidarietà, la quale non sarebbe espressa nella sentenza, si troverebbe supplita dallo stesso art. 40.

11. La disposizione dell'art. 41, secondo cui i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto, venne opportunamente introdotta in relazione al principio che il commerciante non tiene danaro infruttifero (1), e ad eliminare le incertezze della giurisprudenza, la quale del resto già inclinava ad applicare in questo senso l'art. 1231 del Codice Civile, ritenendo che in materia di commercio il debitore fosse senz'altro in mora quando non pagasse somme che per verificata scadenza fossero divenute esigibili, come la dottrina l'ammetteva, specialmente quale convenzione tacita fondata sulla consuetudine (2).

E tale è stata la precisa volontà del legislatore, il quale non si è lasciato indurre a diversa disposizione dal voto della Camera di Commercio di Genova, a cui parve disposizione troppo rigorosa, e che aveva fatta la proposta, non stata accettata, di porre almeno la condizione che il creditore con lettere od a voce avesse costituito in mora il debitore (3).

La disposizione anzidetta venne desunta, come dice la Relazione Ministeriale al Senato, dall'art. 289 del Codice di Commercio Germanico; e giova avvertire, giusta quello che risulta dai Processi verbali delle Conferenze di Norimberga, che nella disposizione stessa si tratta della mora *debendi*, cioè del ritardo in cui sia il debitore nel pagare, e che se invece si trattasse della mora *accipiendi*, cioè del ritardo in cui si trovasse il creditore nel ritirare la somma dovutagli, non gli competerebbe alcun interesse. E si è ritenuto superflua una disposizione in questo senso, perchè nessuno potesse dubitarne (4).

(1) Su questi articoli, I, n. 19.
(2) Laurent, Principes de dr. civ. franç., vol. XVI, n. 334 e 335.
(3) Osservazioni e Pareri della Magistratura, ecc., pag. 61.
(4) Venturi, Il Cod. di Comm. Austriaco spiegato, ecc., sull'art. 289.

La mora *accipiendi* del creditore può verificarsi allorquando egli non si presenti per ricevere il pagamento, o nel luogo all'uopo fissato nel contratto, o nel luogo in cui all'epoca del contratto si trovava la cosa certa e determinata che ne ha formato l'oggetto, ovvero in quello in cui doveva farsi la tradizione della cosa venduta, ovvero infine al domicilio del debitore, secondo i vari casi preveduti negli art. 1249 e 1508 del Codice Civile.

Inoltre si è spiegato nei detti Processi verbali di Norimberga, e non diversamente deve ritenersi presso di noi, non farsi luogo alla decorrenza degli interessi di pien diritto solo per la sussistenza del credito, ma essere a ciò necessario che esso sia scaduto, e come dice l'art. 41, liquido ed esigibile (1).

Però talvolta si prescinde da questa condizione, voluta in generale dallo stesso art. 41: così vi si prescinde in materia di conto corrente, perchè giusta l'art. 345, n. 3°, l'annotazione in conto corrente produce la decorrenza dell'interesse sulle somme passate a conto corrente appunto a debito del ricevente, e dal giorno dell'esazione, senza bisogno che le stesse somme siano esigibili; e così si deve prescindere da tale condizione ogni volta che l'interesse decorra di pien diritto per uso mercantile.

12. Quanto poi agl'interessi sugl'interessi in materia commerciale, il nostro Codice non ne parla, ma non vi ha dubbio che essi sono governati dagli usi mercantili, in applicazione della regola generale dell'art. 1, ed anche per la disposizione espressa dal primo capoverso dell'art. 1232 del Codice Civile, ed in difetto poi di usi mercantili dallo stesso art. 1232, prima parte: gli usi mercantili ammettono gl'interessi degl'interessi, a certi periodi determinati e generalmente ogni semestre; e giusta l'or citata disposizione di legge, gl'interessi scaduti possono produrre altri interessi, o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura pattuita mediante convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi.

13. L'art. 44 annoverando i vari mezzi con cui si possono pro-

(1) VENTURI, loco citato.

vare le obbligazioni commerciali e le liberazioni, comincia dallo accennare ai due primi mezzi di prova delle leggi civili, che sono gli atti pubblici e le scritture private, i quali consistono, quanto ai primi nello scritto ricevuto colle richieste formalità da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, e quanto alle seconde, in uno scritto esteso senza intervento di pubblico ufficiale e portante la firma delle parti contraenti; ed a loro riguardo valgono anche in materia commerciale le disposizioni che li governano, contenute negli art. 1315 a 1319 del Codice Civile quanto agli atti pubblici, e negli art. 1320 a 1331 quanto alle scritture private, con l'avvertenza però della eccezione portata dal capoverso dell'art. 1325 alla disposizione del *buono* od *approvato* relativa alla polizza o promessa privata, colla quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutata in quantità, e con l'avvertenza ancora che la data certa delle scritture private può stabilirsi anche con mezzi diversi da quelli indicati nell'art. 1327 o ad essi equipollenti, ed anche con quelli enumerati nello stesso art. 44, i quali servendo a dare la prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni, tanto più servono a fornire quella della data certa delle scritture.

14. Il terzo mezzo di prova, enumerato nell'art. 44, è quello delle note dei mediatori, sottoscritte dalle parti nella forma stabilita nell'art. 33, la quale consiste nella copia del contratto perfettamente conforme alla registrazione fattane dal mediatore nel suo giornale di cui nel n. 2° del detto articolo, sottoscritta da lui e dalle parti.

Come si vede, è requisito necessario di queste note la sottoscrizione anche dalle parti; e se la Camera di Commercio di Brescia aveva domandato che si prescindesse da tale condizione per i mediatori *pubblici*, osservando essere dessi come i notari del commercio e dover essere riconosciuti meritevoli di fiducia (1), a buon diritto non si è accolta tale domanda, perchè dall'un lato è pre-

(1) Osservazioni e pareri della Magistratura, ecc., pag. 51 e 52.

valso il sistema della libertà della mediazione, e quindi non si hanno propriamente mediatori *pubblici*, e perchè d'altra parte negli atti stessi dei notai richiedesi la sottoscrizione delle parti, salvo il caso eccezionale in cui esse non sappiano scrivere (1): caso del quale il legislatore del commercio non aveva a preoccuparsi in questo particolare, perchè assai di rado si verificherà, e verificandosi mancherebbe la garantia senza della quale non sarebbe stato abbastanza prudente elevare le note dei mediatori a dignità di mezzo di prova.

Il concetto del legislatore nostro, di non accordare autorità di prova alle note dei mediatori se non alla condizione che portino la sottoscrizione delle parti, è confermata dalla disposizione dell'art. 34 confrontato con quello dell'art. 28, dappoichè mentre in questo la facoltà data al giudice è quella di ordinare l'esibizione dei libri *per estrarne ciò che riguarda la controversia*, in quello invece la facoltà di ordinarne la presentazione è data all'autorità giudiziaria *per collazionare* le copie consegnate dai mediatori alle parti, colle note e colle scritture originali; come è pure confermato dalla disposizione del settimo capoverso dell'art. 44, in cui si concede autorità di prova, non ad ogni libro di commercio, ma soltanto *ai libri delle parti contraenti*.

Ond'è che in tal parte il diritto nostro si discosta dalle massime diverse del diritto antico (2), che in ciò non si potrebbe seguire senza errore.

Veggasi poi più avanti (n. 50) il commento all'art. 52, nel quale si combina la disposizione dello stesso articolo con quella ora esaminata dell'art. 44.

15. Altro mezzo di prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni sono le fatture accettate.

Sono molte le definizioni che gli scrittori danno della fattura (3);

(1) Art. 43, n. 10, delle Leggi 25 luglio 1875, n. 2786 (serie 2ª) e 6 aprile 1879, n. 4817 (id.) sul Notariato.

(2) De Turri, De cambiis, Disp. 1, Quest. 16, n. 25 e 26.

(3) Le principali sono richiamate nella monografia « Della fattura » del prof. Vidari, nell'Archivio Giuridico, vol. xi, pag. 3 e seg

ed a me sembra che giusta il nostro Codice debba estendersene di più il concetto, e dirsi essere dessa la *distinta per qualità, quantità e prezzo delle cose contemplate nelle contrattazioni commerciali:* dico delle *cose* in genere, intendendo comprendervi ogni fatta di cose, purchè siano in commercio, ad eccezione soltanto degl'immobili, i quali non potrebbero comprarsi e vendersi con fatture, attesa la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 44, che richiama l'art. 1314 del Codice Civile; e dico pure delle *contrattazioni commerciali* in genere, perchè questo parmi abbia voluto significarsi nel nostro Codice collocandosi nell'art. 44 la fattura fra i mezzi di prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni in generale, a differenza di altri Codici, come il Francese nell'art. 109, in tal parte conservato nel Belgio, che contemplano la fattura come altro dei mezzi di prova delle compre e vendite: e difatti quantunque il più soventi la fattura sia adoperata in occasione del contratto di compra-vendita, può pur farsene e se ne fa uso in altri contratti, come nella commissione, nel pegno, nel prestito ecc., e sempre però come mezzo di prova, e non come compimento dei contratti medesimi, perchè come si vedrà più avanti (n. 21), la fattura non costituisce tradizione, nemmeno simbolica, delle cose in essa contemplate, e sotto questo aspetto giustamente s'insegna non essere dessa per sè sola suscettibile di pegno (1).

La fattura deve contenere naturalmente la data del luogo e del tempo, cioè del giorno, mese ed anno in cui viene formata, la quale data, opportuna a molti effetti, è necessaria per regolare il luogo ed il momento del pagamento, che si sogliono stabilire nel luogo in cui è formata, ed entro un termine che decorre dall'epoca della sua formazione, e deve pur contenere la indicazione di colui che la forma e dell'altra parte contraente, a meno che sia al portatore, il che è possibile, come si vedrà più avanti, sebbene non sia metodo guari usato, essendo opportuna la identificazione dei contraenti; e mentre taluni scrittori richiedono anche la sottoscrizione di colui che forma la fattura, a me non sembra necessaria, perchè l'uso mercantile vi supplisce colla relativa indicazione a stampa nella stessa fattura.

(1) VIDARI, Corso di dir. comm., tom. IV, n. 1951.

Inoltre è di uso, sebbene non essenziale, di aggiungere nella fattura la indicazione delle marche e dei numeri delle merci e dei colli, fusti, ecc. che le contengono; quella del luogo in cui si spediscono: quella delle condizioni principali del pagamento, quando si tratti di vendita: quella ancora delle spese d'imballaggio, di trasporto e di commissione, non che la indicazione dell'imprenditore o del vettore, a cui se ne affida il trasporto.

Ed è pure di uso che allorquando non si consegna la fattura insieme alla merce, la si mandi insieme alla lettera d'avviso di spedizione, od ai piedi di questa.

Però la fattura non perde la sua efficacia probatoria del contratto di vendita al quale si riferisce, se per avventura non contenga la determinazione del prezzo, nè indicazioni le quali identifichino la merce: in tale caso verrebbero in applicazione le disposizioni degli art. 60 e 61 di questo Codice.

Le fatture che si spediscono vengono generalmente copiate in uno dei libri ausiliari che da essi prendono il nome (1), e quelle che si ricevono vengono conservate in fascicoli, a somiglianza delle lettere e dei telegrammi.

16. Nella generalità dei casi le fatture sono formate da commercianti e destinate a commercianti, ma credo che nè l'una nè l'altra circostanza sia necessaria ad attribuir loro valore di mezzo probatorio in materia di commercio, perchè per legge, come per ragione, si richiede soltanto che si tratti di obbligazioni commerciali o di liberazioni relative, e siffatti rapporti possono pure impegnarsi fra non commercianti per atti di commercio: onde la fattura accettata deve ritenersi qnale mezzo di prova 'anche fra persone che non abbiano qualità di commercianti, purchè si tratti di atto di commercio, ed a questa sola condizione.

17. L'accettazione della fattura è essenziale affinchè questa costituisca prova, perchè senza di essa la fattura si riduce a documento creato dalla parte interessata, ed è noto che niuno può creare un titolo a sè medesimo, salve le eccezioni stabilite dalla legge con

(1) Sugli art. 21 a 28, II, 5.

speciali cautele, come si verifica per i libri di commercio. E fu giustamente deciso che le fatture non accettate non hanno valore probatorio, se non in quanto rappresentino una copia fedele ed esatta dei libri di commercio del creditore regolarmente tenuti (1).

La stessa accettazione può farsi e provarsi in tutte le forme, cioè mediante la sottoscrizione della fattura o di altro suo esemplare, mediante lettera o mediante dichiarazione verbale, che venga stabilita cogli ordinari mezzi di prova, e può benanche darsi tacitamente: così quegli al quale sia stata mandata una fattura e l'abbia ritenuta senza reclamo o protesta, o l'abbia ceduta o girata, od abbia ritenute le merci, s'intende averla accettata tacitamente (2).

L'accettazione tanto espressa che tacita della fattura importa accettazione anche delle condizioni in essa inserte, come è uso di fare, relativamente al termine ed al luogo del pagamento, allo sconto, alla misura degl'interessi e simili (3); e venne giudicato che le condizioni, anche litografate, nell'intestazione delle fatture costituiscono vincolo obbligatorio fra le parti, quando consti dell'accettazione pura e semplice delle fatture stesse (4); che l'accettazione della fattura indicante il luogo del pagamento della merce obbliga il compratore a fare il pagamento stesso in quel luogo, e determina la competenza dell'autorità giudiziaria per conoscere delle relative controversie (5); che l'efficacia della detta indicazione e condizione non vien meno per avere il venditore riscosso somme per mezzo di

(1) App. Genova 11 marzo 1879, Anselmi c. Taschemberg.

(2) Bedarride, Des achats et ventes, n. 320 e seg.; Massé, Le dr. comm. etc., n. 2445; Delamarre e Poitvin, Tr. de dr. comm., t. 1, n. 158; Pardessus, Cours de dr. comm., n. 248; Cassaz. Torino 10 agosto 1880, Sottocornola c. Gabbiotti; App. Bologna 14 febbraio 1873, Anglade c. Baroncelli e 4 agosto 1873, Anglade c. Malpezzi; App. Torino 13 febb. 1882, Società Carbonifera Austro-Italiana c. Etienne.

(3) Alauzet, Comm. du Cod. de Comm., n. 182 e 183.

(4) App. Bologna 4 agosto 1873 succitata; App. Torino 19 marzo 1875, Badrè c. Colombino.

(5) App. Bologna 14 febbraio 1873, Anglade c. Baroncelli; App. Torino 25 luglio 1864, Nicelli c. Chiesa; 10 febbraio 1874, Masotto c. Bonino; 19 marzo 1875, Bodrè c. Colombino, e 1 febbraio 1879, Perelli c. Bertero.

commessi al domicilio del compratore (1); che però si può ammettere prova testimoniale per stabilire che il luogo convenuto pel pagamento sia stato diverso da quello indicato nelle fatture a stampa o manoscritte ed in generale per dimostrare gli errori incorsi (2); che il patto consueto delle fatture che la merce sia pagabile in un determinato periodo di tempo, e con uno sconto pure determinato, deve intendersi nel senso che il compratore per fruire di quest'ultimo vantaggio debba adempiere alla condizione del pagamento nel termine stabilito, e che in difetto più non vi abbia diritto, perchè il patto dello sconto sia correlativo a quello del pagamento nel termine, e quando pure il venditore avesse altre volte, usando tolleranza, mantenuto lo sconto non ostante il ritardo nel pagamento (3), e sebbene nella fattura fosse pure stabilito a carico del compratore la decorrenza dell'interesse pel ritardo: il che sia pure conforme agli usi del commercio (4).

Non vi essendo poi ragione di chiedere un'accettazione speciale per siffatte condizioni, le quali formano un tutto inscindibile colla vendita, e perciò s'intendono accettate con essa, non mi sembra da seguire un illustre scrittore, il quale insegnerebbe che la fattura non faccia prova delle condizioni accessorie della vendita, allorquando queste condizioni oltre ad essere state espresse dal venditore nella fattura, non abbiano formato oggetto di speciale accettazione (5). Nè egli poteva avvalorare la sua opinione con l'autorità della sentenza della Corte di Cassazione Francese da lui citata (6); difatti quella Corte Suprema non ha fatto altro, come risulta dai motivi della sua decisione, che rispettare l'apprezzamento da parte della Corte d'Appello di Limoges degli effetti dell'accettazione della fattura, e la stessa Corte d'Appello ebbe a giudicare di un caso specialissimo: si trattava, come risulta pure dai motivi della sua sen-

(1) Sentenza penultima or citata.

(2) App. Torino 7 febbraio 1873, Scadrie c. Sella, e 13 febbr. 1882 succitata.

(3) App. Torino 10 febbraio 1868, Debenedetti c. Bozzolaschi.

(4) App. Roma 26 aprile 1872, Esdra c. Olivetti; Trib. di Comm. Torino 24 ottobre 1882, Rezzara c. Olivetti (amendue inedite).

(5) Massé, Le dr. comm., etc., n. 2447.

(6) Cassaz. Francese 21 aprile 1830, Bonnecaze c. Durin.

tenza (1), di un contratto di vendita di merci che il commesso viaggiatore di una casa di commercio aveva fatto nel luogo di domicilio del compratore, senza stipulare alcun patto che modificasse la regola di diritto secondo cui il compratore non poteva essere evocato in giudizio nè essere obbligato a pagare in luogo diverso da quello del suo domicilio; ed in tale condizione di cose la detta Corte d'Appello ha ritenuto che la condizione del pagamento invece al domicilio della casa venditrice, inserta nella fattura da questa successivamente mandatagli e dal compratore tacitamente accettata col ritenere una parte delle merci, non poteva considerarsi da lui accettata pure tacitamente, ma doveva essere espressa, *come qualsiasi rinunzia ad un diritto acquisito.* — Per conseguenza le sentenze or citate non valgono ad appoggiare l'opinione, che non può accettarsi, del Massé; e soltanto potrebbero giustificare una eccezione alla suindicata regola generale, per il caso di un diritto acquisito diverso dalle condizioni della fattura, e quindi di una rinuncia, e ciò per il principio, stato applicato dalla seconda di esse e sulla cui generalità in materia di commercio deve però farsi riserva, che cioè le rinunzie devono essere espresse.

Quanto poi al tempo, il cui trascorso senza reclamo può equivalere ad accettazione tacita, insegna il Vidari (2) che essendo necessario che il compratore (e nei congrui casi altri, come ad esempio il committente) possa riconoscere se la merce ricevuta è conforme alla fattura, e ciò non potendo fare sinchè la merce non gli sia giunta, il tempo dovrà consistere in quello che sia voluto affinchè la merce giunga al compratore, secondo i mezzi scelti per eseguire il trasporto e la distanza dei luoghi, e giusta la enunciazione della lettera di vettura o della polizza di carico, ed affinchè si compiano ove d'uopo le formalità doganali e la verificazione delle merci, e possano arrivare la protesta od il rifiuto nel termine ordinariamente necessario, e secondo gli ordinari mezzi di comunicazione (arg. dell'art. 35); salvo che per l'accettazione od il rifiuto sia stato pattuito l'uso di

(1) App. Limoges 22 febbraio 1828, dette parti.

(2) Monografia succitata sulla fattura, n. 34, e Corso di dir. comm., n. 1953.

un più rapido mezzo di comunicazione, ovvero che questo fosse voluto dall'uso mercantile.

Deve però aggiungersi che il tempo necessario all'arrivo ed alla verificazione della merce non deve accordarsi se non quando si tratti di circostanze per l'appuramento delle quali occorra l'esame della merce, come sarebbe quando fosse quistione della sua qualità o quantità, perchè l'esame stesso è impossibile prima che la merce siasi trovata a disposizione del compratore; ma la cosa sarebbe ben diversa quando si trattasse di circostanze indipendenti dall'esame della merce, come del prezzo, o del termine o del luogo al pagamento, perchè il compratore od il committente non avrebbero bisogno di vedere la merce per protestare contro le condizioni stesse, le quali fossero per avventura contrarie ai patti, e perchè quindi col silenzio dimostrerebbero di averle accettate; e gli scrittori in ciò concordano citando varie sentenze in questo senso (1), e non accettando la teoria diversa a cui si sarebbe accostata la Corte di Cassazione Francese, la quale ha ritenuto che non constasse dell'accettazione della condizione di pagamento al domicilio del venditore, quantunque la fattura che conteneva la condizione stessa fosse stata dal compratore ricevuta il 18 agosto ed avesse fatto soltanto reclamo contro la quantità e la qualità della merce il 23 settembre successivo (2).

18. Alla condizione dell'accettazione della fattura che la legge richiede per erigerla a mezzo di prova, altre se ne aggiungono da taluni scrittori, cioè che la fattura debba emanare da un commerciante, che abbia per oggetto una vendita, che si tratti di una vendita di cose puramente mobili, o di diritti mobiliari, che contenga la menzione di tutto ciò che è essenziale alla vendita, che allorquando è formata a favore di determinata persona constati la consegna fattane al compratore e che ne sia passata scritturazione sui libri di commercio: non mi sembrano però giuste che quelle soltanto fra le dette condizioni che consistono nel richiedere che la

(1) Bedarride, Des achats et ventes, n. 321 e seg.; Alauzet, Comm. du Code de Comm., tom. 1, n. 182 e 183.

(2) Cassaz. Francese 3 marzo 1835, Canain-Gein c. Galabert.

fattura contenga la menzione di tutto ciò che è essenziale alla costituzione del contratto, e che si riferisca a vendita di cose mobili; e non le altre, perchè le due prime rimangono escluse da ciò che ho scritto superiormente (n. 15 e 16), perchè la consegna che ne sia fatta, o no, al compratore, è cosa indifferente poichè la fattura dà sempre diritto alla cosa nei rapporti con l'altra parte (n. 21), e perchè il pretendere che sia necessario di passarne scritturazione nei libri di commercio è aggiungere alla legge, il che tanto meno si può fare in questo caso, in quanto che essa ha voluto costituire due distinti mezzi di prova, delle fatture accettate e dei libri delle parti contraenti; onde è da seguire in vece il diverso ammaestramento di altri scrittori (1), pure ammettendo che la mancanza della relativa registrazione possa essere grave indizio di frode in caso di fallimento, perchè contrario all'ordinario e regolato andamento delle case di commercio, poichè « ogni buon negoziante, come scriveva fin dai suoi tempi il senatore Azuni (2), dee tenere un libro particolare delle fatture che avrà eseguite sia per commissione che per proprio conto, o in partecipazione coi suoi corrispondenti », ed è quel libro ausiliario detto copia-fatture di cui ho fatto cenno superiormente (3), ma che però non dispensa dall'obbligo delle relative scritturazioni nel libro-giornale, a termini dell'art. 21.

19. È ben inteso che la condizione dell'accettazione della fattura voluta dalla legge, non lo è che rispetto alla parte alla quale la fattura è mandata: ai riguardi di quella che la emette e la manda, basta appunto la emissione e l'invio della stessa fattura per creare contro di essa una confessione scritta, stragiudizialmente fatta alla parte, che costituisce piena prova contro quegli dal quale emana, giusta i principii e l'art. 1358 del Codice Civile.

20. La fattura può essere formata anche all'ordine od al portatore, a somiglianza della lettera di vettura (art. 389) e della

(1) Fra gli altri il Vidari, Monografia succitata sulla fattura, n. 37.

(2) Diz. di giur. mercantile, V. Fattura, § vi.

(3) Sugli art. 21 a 28, n. 5.

polizza di carico (art. 555); ma convien pur dire che nella pratica si fa quasi sempre nominativa.

Fatta al portatore, essa è naturalmente trasmessibile da mano a mano; e fatta nominativa, abbia o non abbia la clausola all'ordine, è trasmessibile ad altri mediante girata.

Una Corte d'Appello Italiana ebbe occasione di stabilire lucidamente i principii e di richiamare l'uso mercantile a tale riguardo. Essendosi dall'una delle parti contendenti sostenuto che la fattura non fosse girabile, si è dalla medesima in contrario ritenuto: « Che non può disconvenirsi come la fattura costituisca uno dei titoli commerciali di maggiore importanza e più comuni nella pratica, esprimendo la nota delle merci vendute, con la indicazione della qualità, quantità e valore: viene redatta dal venditore, che la invia al compratore: se questi la sottoscrive e la rimanda al venditore, costituisce la prova della seguìta vendita, e l'obbligo di pagare il prezzo dinotato. Sotto questo rapporto non differisce dal biglietto all'ordine, ritrovandosi comuni all'uno ed all'altro titolo gli stessi elementi, e non vi sarebbe alcuna ragione per non rendere la fattura negoziabile al pari del biglietto all'ordine; — Che l'art. 689 del Codice di Commercio (art. 804 di questo Codice) riferma tale assunto, mentre ammettendo la rivendicazione delle merci spedite al fallito, soggiunge non potere la medesima aver luogo se le merci prima del loro arrivo siano state vendute senza frode sopra fattura, polizza o lettera di vettura, firmata da colui che ne ha fatta la spedizione. Il trasferimento della fattura adunque potendo vincere il diritto del proprietario, ne segue naturalmente che a questo titolo è attribuita la più agevole circolazione: e non vale osservare non potersi la fattura trasmettere per giro per la mancanza della parola all'ordine, dappoichè la girabilità è insita nei titoli commerciali, valendo ad attivare la circolazione dei capitali e moltiplicando la loro forza produttiva. La legge stessa ha riconosciuto non essere possibile definire tutti i titoli circolanti, talchè nell'art. 36 del Codice di Commercio parlando degli agenti di cambio attribuisce loro la negoziazione degli effetti pubblici, delle cambiali, dei

biglietti all'ordine e delle altre carte negoziabili. Quindi la frase *all'ordine* non è di essenza per la commerciabilità del titolo, non trovandosi alcuna prescrizione di legge al riguardo; e d'altronde risulta dagli usi commerciali, affermati dal Tribunale, giudice competente in questa materia, che le fatture si sogliono trasmettere per girate (1) ».

E si aggiunga che il Codice attuale fa espressa menzione della *girata della fattura* nel succitato art. 804, e che non ha più mantenuto a proposito della cambiale il requisito di essere fatta *all'ordine*, come si desume dal confronto del suo art. 251 coll'art. 196 del Codice di Commercio precedente, e risulta dai lavori legislativi preparatorii.

21. La trasmessione e la girata della fattura hanno naturalmente l'effetto di far passare a colui al quale si trasmette o si gira, il diritto o di avere dal venditore la merce, o di conseguire dal compratore il prezzo, mediante, o no, il pagamento del prezzo e rispettivamente la consegna della merce, secondo i casi; ma non valgono a liberare il titolare della fattura verso l'altro contraente, finchè questi per avventura non vi consenta.

Si fa quistione se la tradizione della fattura dall'emittente al destinatario, e da questi ad altri, sia manualmente quando si tratti di fattura al portatore, sia con cessione o girata quando si tratti di fattura nominativa, valga a trasferire la proprietà della merce nella fattura stessa indicata, e quindi un diritto reale sovra di essa *(jus in rem)*, ovvero attribuisca soltanto un'azione personale per ottenere la merce da colui che ha rilasciata la fattura *(jus ad rem)*.

Mi sembra che la quistione debba risolversi distinguendo i rapporti fra venditore e compratore, o cessionario di questi, e quelli coi terzi, i quali abbiano acquistato diritti sulle cose comprese nella fattura.

La fattura, come risulta dall'art. 44, è un mezzo di prova delle obbligazioni e delle liberazioni commerciali, e quindi serve a constatare il relativo contratto, che in generale è di vendita, ma che

(1) App. di Napoli 25 gennaio 1867, Avassiotti e Castellano c. Banca Anglo-Italiana.

può pure essere di altra specie, come ho osservato superiormente (n. 15), ed essa può trasferirsi ad altri, o manualmente o mediante girata, come si è pur detto superiormente (n. 20), servendo in tal caso a far passare al nuovo portatore od al giratario o cessionario il diritto a ritirare la merce.

Ora nei rapporti fra il venditore ed il compratore od il cessionario di questi, la proprietà della cosa venduta si acquista secondo il moderno diritto per effetto del semplice consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione (articoli 710 e 1125 del Codice Civile), e ciò a differenza del diritto antico, il quale stabiliva che « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur », e che « Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est (1) »: al quale riguardo giustamente osserva un illustre scrittore, che il cambiamento è stato l'effetto dell'applicazione alla materia dei contratti dell'autorità che in fatto di successione fu in ogni tempo accordata alla volontà dell'uomo di trasmettere i beni, e che fa meraviglia come siano stati necessari secoli per fare un tal passo, e per vedere che il puro fatto nulla significava per sè stesso, e non aveva senso che come espressione della volontà che aveva formato il contratto (2).

Ed in applicazione di questo principio dobbiamo dire che nei rapporti fra le parti contraenti e loro cessionari, e specialmente fra venditore, compratore e cessionari, il diritto sulla cosa contemplata nella fattura si acquista per effetto del contratto commerciale di cui essa fa prova, e quindi per virtù della fattura medesima.

Nei rapporti coi terzi, ai quali la cosa fosse stata parimenti venduta o data in pegno, converrà ulteriormente distinguere, se essi abbiano soltanto un'altra fattura od un titolo simile comprovante la vendita od il pegno, o se abbiano qualche cosa di

(1) L. 20 Cod. De pactis, e L. 11 Cod. De act. empt.
(2) Larombière, Théorie et pratique des obbligations, sull'art. 1138, n. 3.

più, cioè abbiano avuto il possesso dei mobili dei quali si tratti. Nel primo caso, in difetto di altri elementi di prevalenza, questa spetterebbe a chi avesse titolo di data anteriore, in applicazione della massima « qui prior in tempore, potior in jure »; e ciò senza che possa farsi distinzione fra mezzi di prova, e senza che si possa, per modo di esempio, dare la prevalenza all'atto pubblico od alla scrittura privata sulla fattura accettata, perchè l'art. 44 non fa distinzione fra i vari mezzi di prova, ed « ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus ».

Nel secondo caso invece dovrebbe darsi la preferenza a quegli che avesse il possesso — ben inteso di buona fede e legittimo — dei mobili dei quali si tratti; e ciò in applicazione della regola sancita nell'art. 1126 del Codice Civile, che cioè se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso sarà preferita all'altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

I signori Delamarre e Lepoitvin nella prima forma della loro opera (1) avevano ritenuto in modo assoluto che l'efficacia che l'art. 109 del Codice di Commercio Francese, corrispondente, salve modificazioni, al nostro art. 44, concede alla fattura accettata di far prova delle compre-vendite commerciali, derogasse alla regola dell'art. 1141 del Codice Civile Francese, corrispondente al succitato art. 1126 dell'Italiano, e la fattura rimessa al compratore, e da questi accettata, costituisse una specie di tradizione simbolica la quale equivalesse alla consegna reale, e tenesse luogo del possesso della cosa. Il Massé (2), e l'Alauzet (3), fra gli altri combattono giustamente, questa opinione; ed in verità, come ho pur detto superiormente, la fattura non essendo altro che un atto constatante la vendita, la rimessione di essa non può equivalere alla consegna della

(1) Du contrat de commission, tom. I, n. 229 e 232.
(2) Le droit comm., etc., n. 2449 e 2078.
(3) Comm. du Cod. de Comm., n. 161.

cosa; ma del resto anche i signori Delamarre e Lepoitvin, nella seconda forma della loro opera, pur conservando il concetto, non abbastanza esatto, che la fattura rappresenti la cosa che essa designa (1) — il quale effetto non può riconoscersi che alle lettere di vettura ed alla polizza di carico, perchè esse suppongono di necessità che il venditore o speditore si spogli del possesso della cosa, e perchè esso si desume, quanto alle prime dal primo capoverso dell'art. 391 di questo Codice, e quanto alle seconde dall'art. 549 — fanno eccezione alla loro teoria nel caso in cui si abbia un secondo acquisitore al quale sia stata fatta la consegna della cosa mobile, riconoscendo anch'essi che questi ne rimane proprietario, e che il primo non ha invece che un'azione di danni-interessi contro il disonesto venditore (2).

Il Vidari che tratta ampiamente la questione, in sostanza conviene nei principii e nella soluzione di cui sopra (3).

In applicazione di questi principii, colui che fosse portatore di fattura rilasciata da un commerciante fallito, per vendita o per pegno di merci e cose mobili, senza averne ottenuto la consegna, e nel caso di pegno senza che la consegna stessa sia stata fatta almeno al terzo eletto dalle parti in senso dell'art. 456, non avrebbe diritto reale sulle merci e sulle cose medesime a pregiudizio della massa.

22. Altro mezzo ancora di prova delle obbligazioni e delle liberazioni commerciali è quello della corrispondenza epistolare e telegrafica, per cui mezzo si formano sempre i contratti fra assenti, salvo ciò che ho detto al n. 2, e bene spesso si stipulano anche quelli fra presenti; la quale ultima, cioè la corrispondenza telegrafica, doveva pure essere contemplata e governata dal novello Codice, attesa la sua grande diffusione (4).

La corrispondenza è l'insieme delle lettere e dei telegrammi che

(1) Traité de dr. comm., tom. I, n. 160 e 161.

(2) Ibid., tom. V, n. 49.

(3) Monografia succitata sulla Fattura, n. 14 e seg. e Corso di dir. comm., vol. IV, n. 1945, e seg.

(4) Su questi articoli, I, 29.

si scambiano fra le parti e che i commercianti devono conservare per copia rispettivamente od in fascicoli secondo che si tratta delle lettere e dei telegrammi che spediscono o che ricevono, giusta il capoverso dell'art. 21.

Questo mezzo di prova dall'art. 44 è posto allo stesso rango degli atti pubblici e delle scritture private in materia di commercio, e ciò è conforme alle tradizioni dell'antico diritto. « Dalle lettere tanto missive che responsive, scritte vicendevolmente dall'una e l'altra parte, restano obbligati i mercadanti a tutto ciò che per esse tra loro viene convenuto o concluso », diceva il CASAREGIS (1), ed altrove: « Litterae missivae seu responsivae inter mercatores seu negociatores, nedum probant mandatum ad emendum frumentum et similia, nec non illius acceptationem et exequutionem, verum etiam vim obtinent instrumenti publici, sententiae seu rei judicatae (2) »; e prima di lui l'ANSALDO aveva riconosciuto come principio, che: « Epistolae praesertim inter mercatores, habent vim pubblici instrumenti », pur soggiungendo la limitazione « quod nisi eaedem litterae fuerint acceptatae ab eo qui easdem produxit, non juvent producentem (3) », e la ROTA GENOVESE appoggiandosi sull'autorità del ZABARELLA e del BALDO, aveva pur ritenuto che: « Literae mercatorum habent vim instrumenti publici (secundum ZABAR, in Consilio 153, n. 2) et habentur pro sententia et transeunt in judicatum (secundum BALD, in Consilio 348) (4) »; che « literae missivae acceptatae et recognitae bene probant et validam confessionem inducunt, ex quo semper loquuntur (5) », e che « cedulae sive literae quae mittuntur inter eos (mercatores) habent vim publicorum instrumentorum ex consuetudine praesertim in his locis, in quibus viget maxima mercium et negotiorum frequentia, ut hic Genuae, et consuetudo potest facere scripturam privatam authenticam (6) ».

(1) Disc. 119, n. 1.
(2) Disc. 161, n. 3 a 5.
(3) Disc. 61, n. 2 e 3.
(4) Decis. 2, n. 9.
(5) Decis. 48, n. 1.
(6) Decis. 126, n. 8.

Nella pratica poi la corrispondenza è adoperata più anche degli atti pubblici e delle scritture private, sia perchè molte negoziazioni commerciali si fanno tra assenti, sia perhè i commercianti rifuggono dalle soverchie formalità, ed anche quando si trovano di presenza preferiscono di affidare i sommi capi delle loro convenzioni alla corrispondenza.

Naturalmente la parità della corrispondenza all'atto pubblico ed alla scrittura privata deve intendersi *sano modo*, nel senso cioè che con essa possa provarsi qualsiasi convenzione o liberazione ed obbligazione commerciale, ma non nel senso che essa possa avere l'efficacia speciale che in certi casi ha l'atto pubblico (art. 1317 del Codice Civile): tuttavia non mi sembra da accettarsi la maggior limitazione che all'antica teoria di tale parità farebbe un illustre scrittore (1), poichè anche la corrispondenza, non diversamente dagli atti pubblici e dalle scritture private, può essere riguardata siccome formata allo scopo determinato di servire di titolo ai contraenti.

È beninteso che anche il mezzo di prova, che consiste nella corrispondenza epistolare e telegrafica, quando si tratti di contratti propriamente detti, è dominato dal principio fondamentale di ogni contratto, dal bisogno cioè del consenso dei contraenti *in idem placitum*, e che per conseguenza deve aver luogo l'incontro della loro volontà per effetto dell'accettazione, la quale sussegua all'offerta: onde un atto unilaterale di corrispondenza non può costituire da sè solo la prova di un contratto sinallagmatico (2), e potrebbe costituirla soltanto di una obbligazione unilaterale o di una confessione; ed anche la dottrina degli antichi scrittori non aveva mancato di ciò avvertire, come risulta dalla citazione superiormente fatta di uno dei più grandi di essi, il quale anzi soggiunge che « Ubi epistola non extitit simpliciter acceptata (come nella specie da lui esaminata si verificava), nullam probationem facere potest contra scribentem (3) ».

(1) Massé, Le dr. comm. etc., n. 2453.

(2) App. Venezia 7 novembre 1873, Assicurazione Italia c. Assicurazioni Germaniche.

(3) Ansaldo, Disc. 61, n. 4.

È pure beninteso che l'accettazione può essere anche tacita, giusta i principii generali di diritto, la giurisprudenza (1) e la dottrina anche degli antichi scrittori. « Recipiens litteras cum taciturnitate praesumitur confessus, seu approbasse omnia contenta in eis », scrisse lo SCACCIA (2); ed il CASAREGIS pur citando anche autorità in contrario affermò che « Aliae referunt generalem conclusionem, quod recipiens literas nisi reclamet, videtur eas acceptare, et illarum vigore quasi contrahere cum scribente, et approbare omnia in literis expressa (3). Ed è pur vero in tutti paesi quello che scrive il DALLOZ e conferma con la citazione di altri scrittori, che cioè fra commercianti si presume facilmente che la mancanza di disapprovazione di una lettera che siasi ricevuta, equivale ad approvazione implicita (4).

Del pari è beninteso che come devono concorrere gli altri elementi essenziali alla validità di ogni contratto, che sono la capacità dei contraenti, l'oggetto determinato e la causa lecita dell'obbligazione, così il consenso deve essere esente dai vizi dell'errore, della violenza e del dolo (art. 1108 e seguenti Codice Civile); e più avanti si vedranno esempi di contratti conchiusi con telegrammi od in seguito ad essi, e ritenuti inesistenti per cagion di errore (n. 32).

23. Allorquando l'accettazione della proposta contenga aggiunte a questa, non obbliga il proponente, se non dopochè a sua volta egli abbia accettato le modificazioni e le aggiunte medesime, e vi abbia aderito (5).

Laddove l'accettazione che segue alla proposta, ovvero la risposta che segue alla domanda portino diversità, si dubita se nel difetto di accordo esatto fra le une e le altre, siavi perfezione di contratto.

(1) App. Venezia 31 marzo 1876, Scarpa c. Harris e C., e 20 genn. 1875, Piretta c. ditta Gasperini Cadagnato; App. Firenze 26 agosto 1872, Bonaiuti c. Haas.

(2) De commerciis et camb., § II, Glossa V, n. 336.

(3) Disc. 102, n. 54. V. pure Disc. 30, n. 63 e 98.

(4) Rép. V. Lettre missive, n. 14.

(5) Cassaz. Torino 25 maggio 1866, Lemmi c. Bolmida; App. Lucca 18 luglio 1870, Berti c. Tancredi e Cotta.

Altre volte erano in conflitto due teorie: l'una che si appoggiava alle istituzioni di GIUSTINIANO (1), e ad un frammento di GAIO (2), secondo cui non vi era vero contratto se la risposta non concordasse esattamente con la domanda; e l'altra che informandosi al principio che nel più è compreso il meno, riteneva esservi concordia di consenso e quindi contratto perfetto sul meno, tanto laddove si rispondesse in più, quanto laddove si rispondesse in meno, appoggiandosi ad un testo di ULPIANO (3) ed anche, sebbene per avventura meno esattamente, ad altro di PAOLO (4).

Oramai può ritenersi come regola che si deve ricercare se il disaccordo prodotto dalla diversità della risposta cada sull'oggetto propriamente del contratto, o soltanto sulla quantità, e che mentre nel primo caso non vi è contratto per difetto di consenso, nel secondo vi sia consenso e vi sia contratto perfetto quanto al meno, allorquando sia stato domandato od offerto il più, e sia stato accordato od accettato il meno (5).

Il TOULLIER ne dà il seguente esempio in materia di commercio, che giova riportare per meglio spiegare la regola con un'applicazione pratica. A scrive a B proponendogli la vendita di cento barili di vino di una determinata qualità a 600 franchi il barile, e B con lettera, che s'incrocia colla prima, scrive a sua volta ad A, domandandogli cento barili dello stesso vino a 650 franchi al barile: la vendita è perfetta mercè l'incontro delle due volontà sulla cosa e sul prezzo, perchè B offrendo di pagare il vino 650 franchi al barile, ha tanto più consentito a pagarlo 600. — E, soggiunge il lodato scrittore, A non può pretendere che la vendita sia fatta in ragione di 650 franchi al barile, giusta la regola di diritto romano « Quod minus est in obligationem videtur deductum (L. 12 e 109 Dig. *De*

(1) § 5, De inutilibus stipulationibus.

(2) Fragm. lib. II, tit. IX, § 10; Comment., 3, § 102.

(3) L. 1, § 4 Dig. De verb. obligation.

(4) L. 83, § 3 Dig. eod. tit.

(5) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 1456 e 1457; LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des oblig., sull'art. 1101, n. 11; DEMOLOMBE, Cours de Code Civ., tom. 1, n. 51; TOULLIER, Le dr. civ. franç., tom. 6, n. 27 e 28.

verb. obligat)», il che è pure conforme alla ragione, perchè nel momento in cui A, il quale aveva offerto i suoi vini a 600 franchi, ha ricevuto la lettera mediante cui B consentiva a comprarli a questo prezzo ed anche oltre, il contratto si è trovato perfetto, e se A pretende di aggiungervi 50 franchi, che B consentiva a pagare oltre i 600, questa pretensione è posteriore alla lettera ricevuta, ed il contratto si trovava formato nel momento medesimo in cui l'ha ricevuto. A si trova nella condizione di un venditore, al quale il compratore, dopo conchiuso il contratto, confessa che aveva l'intenzione di elevare il prezzo.

È manifesto, scrive a tal riguardo il MASSÉ, che qui il disaccordo non concerne l'oggetto del contratto, che consiste nella vendita di cento barili di vino mediante un certo prezzo, ma versa su una quantità indifferente, perchè il prezzo domandato essendo inferiore al prezzo offerto, vi ha consenso reciproco sul prezzo domandato.

E continua dicendo non essere necessario di far rilevare che la cosa andrebbe diversamente se il prezzo offerto fosse inferiore al prezzo domandato, perchè in tal caso, lungi dall'esservi consenso, vi sarebbe dissenso assoluto. — Il giureconsulto POMPONIO esprime assai bene la differenza tra i due casi: « Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur; sed si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio quanti ego putavi (1) ». In altri termini, se l'accordo non esiste sul prezzo quando il venditore domanda più, ed il compratore offre meno, questo accordo esiste nel caso inverso, cioè quando il venditore domanda meno ed il compratore offre più, perchè sotto questo rapporto il meno è contenuto nel più.

E concordano DELAMARRE e LEPOITVIN (2).

Un altro esempio che dà pure il TOULLIER, improntandolo ad un antico scrittore, è il seguente: Vi domando il prestito di 10,000 franchi, e voi mi offrite di prestarmene 20,000: non vi ha consenso nè conseguentemente contratto, se io non manifesto di accettare i 20,000 perchè voi potete avere motivi di non separare il vostro

(1) L. 52 Dig., Locati conducti.

(2) Tr. de dr. comm., tom. 4, n. 100.

danaro. — Del pari io vi domando di prestarmi 20,000 franchi: voi mi offrite di prestarmene 10,000: nemmeno qui vi ha consenso, perchè io posso avere interesse a non ricevere prestiti di piccole somme per non avere molti creditori.

In amendue le ipotesi, osserva il MASSÉ, il disaccordo, relativo apparentemente alla quantità, si verifica in realtà sull'oggetto stesso del contratto, il che impedisce che vi abbia consenso, e conseguentemente impegno contrattuale.

24. Accade soventi che nelle proposte dei contratti per corrispondenza tanto epistolare che telegrafica, si stabilisca un determinato intervallo di tempo per la risposta: in tal caso si deve intendere che dentro quell'intervallo debba la risposta non soltanto essere spedita, ma altresì pervenire al destinatario, in applicazione del principio sancito dall'art. 36, e come è stato pur giudicato anche prima dell' attual Codice, essendosi deciso a ragione che se per effetto di un ritardo nella corrispondenza telegrafica la risposta non arriva nel termine stabilito, dopo il decorso dello stesso termine il destinatario rimane sciolto da ogni impegno verso l'altra parte, e colui che, per esempio, aveva proposta la vendita di merci, può farla ad altri (1).

E laddove non sia stato fissato l'intervallo di tempo per la risposta, spetta al prudente arbitrio del giudice lo stabilire quando il tempo trascorso sia tale da svincolare il proponente, secondo gli usi e le circostanze particolari dei casi, ed a tal riguardo i giudici del merito decidono sovranamente e senza possibilità di ricorso per cassazione (2).

25. Finchè la lettera od il telegramma non siano stati ricevuti da quegli al quale sono diretti, o da chi per lui, possono essere ritirati, ritrattati e modificati. Difatti, cosa è, scrive un assai reputato scrittore, una lettera (e naturalmente lo stesso deve dirsi del telegramma), con cui vi comunico che accetto il contratto che mi avete proposto? Null'altro che un procuratore muto che

(1) App. Casale 21 giugno 1875, Brizzi c. Debenedetti.

(2) Cassaz. Firenze 21 dicembre 1868, Tattanelli c. Bianchi.

io vi mando per dichiararvi la mia accettazione, ed è in questo senso che il CUJACCIO l'ha considerata nelle sue note sul titolo del Codice *Si quis alteri vel sibi emerit*, allorquando dice: « epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere ». È massima elementare che io posso revocare il mio procuratore finchè egli non ha compiuto il suo mandato: dunque io posso revocare la lettera che vi è diretta finchè non vi sia pervenuta, finchè essa non vi ha portato le parole delle quali io l'aveva incaricata per voi. Ed il lodato scrittore aggiunge ancora sulle traccie di BARTOLO, sulla L. 4 *Dig. De donat:* « Una lettera è per l'assente, al quale è stata scritta, quello che sono le parole dirette a persona presente: quegli che manda una lettera ad altri si suppone che gli parli come se fosse presente. Ora è certo che le parole dirette a persona presente non possono obbligare quegli che le ha proferite, se non in quanto la persona alla quale le ha dirette, le ha sentite prima che esse siano state ritrattate. Ed è lo stesso di una lettera diretta ad un assente. Questa lettera non può pertanto obbligare il suo autore se non in quanto l'assente, al quale essa è scritta, la riceve e la legge, stando le cose ancora nello stato primitivo » (1).

Questa dottrina, che è anche in relazione col principio stabilito nell'art. 36 del Codice e superiormente svolto, intorno al momento in cui si perfeziona il contratto fra assenti, trova conferma ed applicazione nelle disposizioni degli articoli 98, 99 e 100 del Regolamento approvato col R. Decreto 21 settembre 1862, n. 891, per l'esecuzione della Legge 5 maggio 1862, n. 604, sulla privativa postale, che stabiliscono le norme con le quali possono riaversi le lettere da coloro che le hanno impostate; non che in quelle dell'art. XLI del Regolamento 28 luglio 1879 per l'esecuzione della

(1) MERLIN, Répert. V. Vente, § 1, art. 3, n. 11 bis. — Conf. TROPLONG, De la vente, n. 22 e seg.. e Du louage, n. 105 in nota; DELAMARRE e LEPOITVIN, tom. 1, n. 247 e seg.; MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 1453: nel quale ultimo è confutata lungamente la dottrina contraria che professano DURANTON, Cours de dr. civ. franc., tom., 16, n. 45, MARCADÉ, Explicat. du Code Napoléon sull'art. 1108, n. 2; DEMOLOMBE, Des obligations, tom. 1, n. 73 e seg.

convenzione internazionale telegrafica, che permette al mittente di arrestare il telegramma anche spedito, per quanto possa ancora essere in tempo.

La dottrina medesima trova pure conforto nel principio il quale informa anche le or citate disposizioni di legge, che cioè la lettera od il telegramma finchè non siano stati ricevuti da quegli al quale sono diretti, o da chi per lui, sono proprietà di quegli che li ha formati, e dopo di ciò lo diventano del destinatario (1); il che è anche conforme agli insegnamenti del diritto romano: « Si epistolam tibi misero, scrisse LABEONE, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit »; e se PAOLO modificò tale responso, non lo fece però se non in quanto la lettera fosse stata consegnata al corriere del destinatario: « Si miseris ad me tabellarium tuum, et ego rescribendi causa literas tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient » (2).

Inoltre nel diritto moderno specialmente, deve ritenersi che, ammesso pure che la lettera consegnata al corriere del destinatario sia per ciò solo diventata proprietà di costui, il mittente può pur sempre rivocare o modificare l'offerta o l'accettazione da lui fatta prima che la lettera medesima sia giunta al destinatario, e costui l'abbia letta (3).

È beninteso poi che la modificazione o la ritrattazione della lettera o del telegramma devono pervenire all'altra parte o prima o contemporaneamente della lettera o del telegramma che si tratta di modificare o ritrattare. Non vi può essere difficoltà, scrivono DELAMARRE e LEPOITVIN, quando ciò si fa con una poscritta, o con lettera che pervenga con lo stesso corso di posta dell'altra: in tal caso le cose sono nella stessa condizione in cui si troverebbero se, trattandosi di contratti fra presenti, l'uno si fosse sba-

(1) LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des oblig., sull'art. 1331 del Cod. Civ. Franc., n. 13; DALLOZ, Rép. V. Lettre missive, n. 7; Cassaz. Firenze 21 dicembre 1868, Tattanelli c. Bianchi.

(2) L. 65 Dig., De adq. vel omitt. possess.

(3) TROPLONG, De la vente, n. 24.

gliato, e si fosse immediatamente corretto; ma se la nuova lettera arrivasse con l'altro corso di posta, sarebbe troppo tardi: qualunque fosse la causa del ritardo, e se anche si potesse provare che le lettere sono state messe alla posta nel giorno stesso ed in tempo utile, non basterebbe: la posizione di chi l'ha scritta sarebbe come quella di chi venisse a ritrattare un contratto il giorno dopo la sua conclusione (1).

26. Le lettere ed i telegrammi appartengono alla categoria degli atti privati (2), il che per i telegrammi è anche dichiarato espressamente dall'art. 45, tanto se l'originale contenga la sottoscrizione della persona indicata come mittente, quanto se sia provato che l'originale fu consegnato o fatto consegnare all'ufficio telegrafico dalla detta persona, ancorchè essa non l'abbia sottoscritto: e perciò, ed anche perchè così si è voluto dal legislatore nostro (3), non potrebbe oramai più farsi la quistione, se i telegrammi abbiano carattere di documento pubblico per essere rilasciati da pubblici impiegati, sebbene anche prima del Codice questa teoria sia stata giustamente ed autorevolmente respinta (4).

Ai documenti di corrispondenza pertanto sono applicabili le disposizioni degli art. 1320, 1321, 1322 e 1323 del Codice Civile, secondo cui la scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta e fra i loro eredi ed aventi causa: quegli contro cui si produce un atto privato è tenuto a riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione; ed i suoi eredi od aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere il carattere e la sottoscrizione del loro autore: quando la parte nega il proprio carattere o la propria sottoscrizione, se ne ordina la verificazione

(1) Traité de dr. comm., tom IV, n. 99.

(2) Su questi articoli, I, n. 31.

(3) Ivi, n. 33.

(4) Serafini, op. cit., § 30; Bosellini, Dei telegrafi in relazione alla giurisprudenza, nella Temi, vol. IV, pag. 449-452.

giudiziale (la quale ha luogo nella forma stabilita negli art. 282 e seguenti del Codice di Procedura Civile, mandandosi quando occorra all'ufficio telegrafico di trasmettere l'originale del telegramma alla Cancelleria del Tribunale per gli effetti dell'art. 284) e si hanno per riconosciute le firme autenticate da un notaio : la quale ultima disposizione, se non ha guari opportunità di applicazione nella corrispondenza epistolare, può averla maggiore in quella telegrafica e nei telegrammi in generale, come è preveduto negli art. 45 e 47.

Giova anche notare che quando i documenti di corrispondenza epistolare e gli originali dei telegrammi siano rivestiti del timbro postale quanto ai primi, e del timbro pure adoperato di consueto dalla parte, quanto agli uni ed agli altri, acquistano una certa autenticità, almeno per la data, ed un certo carattere di maggiore credibilità, salvo che si dia la prova dell'abuso che di quest' ultimo timbro altri abbia fatto; onde i Tribunali potranno nei congrui casi e secondo il prudente loro arbitrio prestarvi fede, in conformità anche dell' antico insegnamento dello Stracca, il quale dopo di avere scritto che le lettere « quae inter absentes mittuntur, et quibus literis solent mercatores se certiores reddere de his quae ad mercaturam pertinent », fanno fede se sono *confessae et agnitae*, soggiunge: « Si vero literae confessae non sint, sed negentur, et tunc si publico sigillo sint subsegnatae probant, idem juris si sint subsignatae privato et solito ipsius scribentis sigillo (1).

Per quanto riguarda i telegrammi, tutto ciò si riferisce allo scritto originale, che si consegna all'ufficio di partenza, affinchè il suo contenuto sia trasmesso al destinatario: difatti l'originale medesimo è espressamente indicato nell'art. 45 del Codice, ed inoltre è manifesto che il telegramma che si consegna al destinatario non è suscettivo di alcuna verificazione, nè dell'autenticazione della firma; e giusta la più sana dottrina, il telegramma consegnato al destinatario non è altro che un'affermazione, una relazione di quanto l'impiegato presso la stazione del telegrafo d'arrivo asserisce avergli

(1) Quomodo in causis mercat. proced. sit, De probationib. n. 13.

trasmesso un altro telegrafista (1). Ond'è che in caso di contestazione i procedimenti e le verificazioni dovranno portarsi sullo scritto originale ritenuto dall'ufficio di partenza, ed il telegramma consegnato al destinatario avrà importanza soltanto in quanto servirà di confronto con quello, o vorranno stabilirsi circostanze che ad esso propriamente si riferiscano, come sarebbero i suoi precisi termini e simili, non che il giorno e l'ora in cui sono stati ricevuti negli uffizi telegrafici, per il che alle indicazioni del telegramma è accordata presunzione *juris* di verità, come è detto nel capoverso dell'art. 45.

27. Il libro copia-lettere e telegrammi, e quindi gli estratti autentici del medesimo, possono essere ammessi come prova in giudizio fra commercianti ed in materia di commercio, quando le lettere ed i telegrammi siano stati accettati espressamente o tacitamente, come risulta dalle combinate disposizioni degli art. 21 capoverso e 48 del Codice, e come si riteneva anche nell'antico diritto, vedendosi osservato dal CASAREGIS in un caso in cui si faceva quistione intorno alla esistenza di un mandato, non essere stato esibito « registrum, quod moris est confici, quodque non leve pro se constituisset adminiculum, quatenus litterae in eo exemplatae continerentur assertum mandatum » (2); onde nel sommario riassunse la massima colle parole riportate da qualche scrittore: « Literae exemplatae in registro probationem faciunt ».

Per quanto poi la copia su apposito registro delle lettere e dei telegrammi che i commercianti spediscono sia per essi obbligatoria, giusta il citato capoverso dell'art. 21, il difetto della stessa copia non varrebbe a far perdere loro l'efficacia della forza probante: come venne giustamente osservato, quella prescrizione è una regola di ordine, la cui osservanza può facilitare la prova dei fatti o delle convenzioni a cui si riporta la corrispondenza, ma non può essere una condizione di codesta prova (3); e perciò il commerciante che

(1) SERAFINI, op. cit., § 25 e seg., dove discute pure le diverse opinioni sulla natura giuridica del telegramma; VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1967.

(2) Disc. 30, n. 49.

(3) MASSÉ, Le dr. comm, etc., n. 2457.

avendo trascurato di copiare una lettera nel suo libro a ciò destinato, voglia cionondimeno provare di averla scritta, di essere stata ricevuta dall'altra parte, e di essere stata da questa espressamente o tacitamente accettata, non potrà vedersi preclusa la via a fornire siffatta prova, sol perchè non possa produrre il libro copia-lettere od un suo estratto autentico.

E le copie desunte dal relativo libro delle lettere e dei telegrammi spediti alla parte contro la quale si producono, tanto più facilmente possono essere ammesse a far prova, in quanto la stessa parte potrebbe agevolmente dimostrare le alterazioni che per avventura avessero subìto, presentandone a sua volta gli originali.

Non potrebbe poi quanto ai telegrammi pretendersene copia autentica rilasciata dall'ufficio telegrafico mittente, che, secondo i regolamenti, possono ottenersi, e ciò sia perchè, con disposizione forse non abbastanza provvida, ma che è spiegata dalla difficoltà pratica di far altrimenti, giusta il voto che ne sarebbe stato giustamente espresso (1), la conservazione degli originali dei telegrammi è limitata quanto al tempo (2), sia perchè per tal guisa si renderebbe inutile la disposizione dell'art. 48, essendo il libro copia-lettere e telegrammi fra quelli nell'articolo medesimo contemplati.

28. La corrispondenza come prova delle obbligazioni e delle liberazioni commerciali può sotto certi aspetti ed in certi limiti valere anche contro ed a favore dei terzi.

Essa può valere certamente nei rapporti coi terzi nel senso che fa prova delle obbligazioni e delle liberazioni commerciali fra le parti a qualsiasi effetto, come è proprio di ogni mezzo di prova permesso dalla legge, e perciò tanto nei rapporti delle parti fra di esse quanto nei rapporti di queste coi terzi: in altri termini, come le altre prove scritte, quali sono gli atti pubblici e le scritture private, stabiliscono la esistenza dei contratti commerciali e delle liberazioni fra le parti che le hanno stipulate, anche in quanto possano riguardare i terzi, così del pari la corrispondenza vale a darne

(1) Vidari, n. 1970 in fine.

(2) Ved. infra al n. 35 le relative disposizioni dei regolamenti telegrafici.

la prova anche nei rapporti dei terzi medesimi, i quali devono stare alle risultanze di fatto e di diritto della corrispondenza, per quanto riguarda le parti. Il compratore, per modo di esempio, di una merce, può giustificare in faccia ai terzi la proprietà che egli ne ha acquistata, con la produzione della corrispondenza sua col venditore, così come potrebbe giustificarla con quella di una scrittura che avesse con lui stipulata.

È egualmente certo che la corrispondenza a cui il terzo sia rimasto estraneo, non può far prova contro di lui, perchè egli non può essere pregiudicato da qualunque cosa che altri abbia scritta senza la sua approvazione; e giusta l'esempio che ne dà il Massé (1), se voi scrivete a Pietro che domanda di comperare i vostri olii, che li avete venduti a me, questa lettera non potrà certamente far prova contro di me della vendita che pretendete di avermi fatta, e voi la invochereste inutilmente per obbligarmi a pagarne il prezzo.

Ma, continua il Massé, questa lettera che non può provare contro di me, potrà provare in favor mio, e posso io invocarla per obbligarvi a consegnarmi gli olii che avete scritto di avermi venduto?

E rammentando l'opinione di Bartolo, secondo cui le lettere non fanno prova a favore di coloro ai quali non sono dirette, e che le paragona alla confessione, la quale fatta in assenza della parte non obbliga il confitente perchè può sempre essere revocata (2), vi contrappone quella meno assoluta della Ruota Romana (3), della Ruota Genovese (4) e del Baldo (5), che subordinavano la decisione alle circostanze, e dice di accostarsi al loro avviso.

La Ruota Genovese è poi anche più esplicita di quello che fa supporre la citazione fattane dall'illustre scrittore francese: dopo di aver ritenuto che le lettere prodotte nella causa in cui emanò la sua decisione «plenam probationem faciunt contra scribentem», soggiunge:

(1) Le dr. comm. etc., n. 2462.
(2) Sulla L. Admonendi Dig., De jurej.
(3) Decis. 429.
(4) Decis. 31, n. 6.
(5) In rub. Cod. De constitut. pecun.

« Nec procedit obiectio, quod literae ad alios missae non probent respectu tertii, sicut nec confessio extraiudicialis, absente parte, et instrumentum inter alios confectum, ut voluerunt Bartolus et alii in dicta lege Admonendi, et in terminis de his sic arguit Rota Romana, decis. 429 . . . . , licet in fine concludat utramvis opinionem teneri posse, quia imo verius est, quum epistola mercatorum ad consocios scripta et signata plene contra eos probat pro tertio . . . . , et ratio differentiae potest illa reddi, quia epistola scribentis semper loquitur . . . . ., ideo videtur facta confessio tunc, quando tertius illam profert et acceptat . . . . . et ideo confessio plene praejudicat confitenti ».

Noi possiamo poi più francamente accettare la dottrina, secondo la quale il magistrato può ammettere i documenti di corrispondenza a provare in favore del terzo che vi è rimasto estraneo, perchè la nostra legge è più larga in fatto di prova per confessione, di quello che fosse il diritto Romano, sotto il cui impero si svolsero le dottrine ora richiamate. In diritto Romano si diceva bensì « Confessus pro judicato est: qui quodammodo sua sententia damnatur (1) », ma questo effetto si circoscriveva a quegli che confessava in giudizio: così Ulpiano trattando *De quaestione finita*, stabiliva che « in jure confessi pro judicatis habentur (2) », e l'imperatore Antonino rescriveva che « Confessos in jure pro judicatis habere placet (3) ». Invece nel nostro diritto vigente, anche la confessione stragiudiziale fu eretta a prova o ad indizio, secondo che è fatta alla parte od a chi la rappresenta, ovvero ad un terzo, come stabilisce l'art. 1358 del Codice Civile con disposizione che non avevano taluni dei precedenti Codici Italiani, non ha il Codice Civile Francese, e fu improntata dai Codici Parmense ed Estense; e la Relazione del Guardasigilli Pisanelli con cui il Progetto del Codice Civile fu presentato al Senato del Regno nella tornata del 26 novembre 1863, spiega che « se la confessione stragiudiziale fatta ad un terzo sia accompagnata da circo-

(1) L. 1 Dig. De confessis.
(2) L. 56 Dig. De re judicata.
(3) L. Un. Cod. De confessis.

stanze atte ad attribuirgli il valore di una prova, la legge lascia al giudice di apprezzarla come tale (1) ».

Onde appare come presso di noi si possa, come io dicevo, ed anzi si debba, accettare la dottrina secondo cui il magistrato può ammettere i documenti di corrispondenza a provare in favore del terzo che vi sia rimasto estraneo, salvo sempre la sua facoltà di apprezzamento; e quindi siano da preferire le decisioni che si hanno in questo senso (2) ad altra di Corte Suprema, dalla quale sarebbe stato negato finanche il valore di principio di prova alla lettera fra una delle parti ed il terzo (3).

È però da ritenersi che la corrispondenza scambiatasi fra altri non può essere di qualche utilità ai terzi, se non allorquando abbia un carattere di precisione tale, sia pei suoi termini, sia per le persone alle quali trovisi diretta, da manifestare l'intenzione di riconoscere ai terzi i diritti che essi rivendicano.

Riportando esempi che altri ne dà, suppongasi il caso di una lettera con la quale un commerciante scrive ad un altro che gli domanda certe merci, averle egli già vendute ad un terzo: se questo terzo non ha altra prova in appoggio della vendita che egli pretende essergli stata fatta, non potrà riuscire ad ottenere la condanna di quel commerciante a consegnargli le merci, perchè la lettera può essere stata scritta allo scopo di giustificare il rifiuto, e conseguentemente non ne dimana vera prova della supposta vendita. Suppongasi invece il caso di un committente il quale scriva al suo commissionario, presso il quale ha merci, di aver venduto queste merci ad un terzo, al quale lo incarica di consegnarle: in tal caso la lettera potrà fare prova a favore del terzo del contratto che il venditore di mala fede rifiutasse più tardi di riconoscere, perchè l'ordine della consegna della merce conferma in maniera non dubbia la verità della vendita (4).

(1) Relazione ecc., pag. 53.

(2) App. Catanzaro 8 gennaio 1869, Midolo; App. Genova 10 dicembre 1869, Oliva c. Pedevilla.

(3) Cassaz. Torino 15 dicembre 1871, Sampaolesi c. Martorelli.

(4) Massé, Le dr. comm. etc., n. 2466.

È stato poi giustamente avvertito che non si può considerare per terzo chi, in seguito a trattative precorse fra altri, si unisce ad essi per la conclusione di un affare. È per modo di esempio, data una lettera con cui un commerciante richiedesse altro commerciante di procurargli una firma di favore su un titolo, promettendo ampia garanzia al firmatore e la provvista dei fondi necessari per il suo pagamento, non potrebbe dirsi che quegli il quale dietro la comunicazione di una tale lettera s'indusse a dare la sua firma di favore sia un terzo ad essa estraneo, e costui potrebbe invocare la lettera stessa come prova a suo discarico: inoltre non potrebbe essergli opposta la ulteriore corrispondenza corsa fra quei due commercianti, con la quale si fosse fra loro convenuto a sua insaputa di convertire quel titolo fittizio e di favore in un titolo reale ed effettivo (1).

29. Appena è opportuno di notare che la cosa tanto più procede allorquando i documenti di corrispondenza dovessero per incarico del mittente comunicarsi dal destinatario al terzo, che li invoca a proprio favore, come venne pure giudicato (2): anzi il terzo ha in tal caso diritto di volerne la comunicazione, perchè si verificherebbe un mandato conferito al destinatario nell'interesse del terzo, il quale ha diritto di prevalersene (3).

30. Ma è necessario di avvertire che il terzo non potrà essere ammesso a valersi in giudizio di documenti di corrispondenze ai quali egli sia estraneo, quando il possesso che egli abbia dei documenti medesimi non sia legittimo.

Già si è notato come i documenti stessi di corrispondenza costituiscano proprietà o del mittente o del destinatario, secondo che siano giunti, ovvero no, a quest'ultimo (n. 25); e per conseguenza non possono appartenere al terzo che vi è stato estraneo: il quale quindi dovrà dimostrare di averli avuti dal loro proprietario.

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1963; Cassaz. Torino 18 novembre 1870, Baggiano c. Alberti.

(2) Cassaz. Napoli 28 marzo 1874, Caracciolo c. Wey; App. Caen 10 giugno 1862, L..... c. Q..... e Cassaz. Franc. 26 luglio 1864, stesse parti.

(3) Massé, Le dr. comm. etc., n. 2465.

E venne giustamente ritenuto e deciso che costituisce un principio di alta moralità, a cui si sono sempre ispirate le leggi di ogni tempo e luogo, che niuno può trarre profitto dalla propria turpitudine e da una colpevole e delittuosa azione: « non auditur propriam allegans turpitudinem ». Di tal che in omaggio a questo principio è generalmente riconosciuto che chi pretende l'adempimento di un'obbligazione sul fondamento di un titolo procurato con male arti o mezzi delittuosi non può essere inteso in giudizio: la sua azione, priva di fondamento legittimo, va recisamente esclusa (1).

Deve dirsi lo stesso anche nel caso in cui le male arti ed i mezzi delittuosi non siano stati l'opera del terzo che produce i documenti di corrispondenza, come quando essi fossero stati sottratti da un domestico infedele, anche senza mandato od accordo del terzo medesimo (2), e nel caso pure in cui senza esservi impiego di male arti e di mezzi delittuosi, vi sia abuso di confidenza, come accadrebbe quando la produzione in giudizio fosse stata fatta contro la volontà del destinatario dei documenti di corrispondenza, o perchè li abbia comunicati al terzo colla espressa condizione di non farne simile produzione, od altrimenti (3).

Inoltre allorquando l'abuso si fosse spinto fino al punto da aprire la lettera od il piego suggellato di altri, esso cadrebbe sotto la sanzione dell'art. 296 del Codice Penale, che l'assoggetta a multa estensibile a lire cinquecento ed al carcere estensibile ad un anno, oltre alla pena maggiore comminata dall'art. 237 detto Codice quando il colpevole fosse un impiegato postale: al quale riguardo la giurisprudenza è divisa sul punto, se debbasi assoggettare alla pena di cui nell'art. 296 soltanto l'apertura di lettera fatta in luogo di pubblico deposito, ovvero anche quella che avvenga all'infuori di esso (4).

(1) Appello Napoli 1° dicembre 1880, Ricciuti c. Pugliese.

(2) Cassaz. Franc. 21 luglio 1862, De Monteléart c. De Monteléart.

(3) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 2464 in fine; Cassaz. Franc. 5 maggio 1858, Caisse commerciale du Loiret c. Leroy-Boulard, e 21 luglio 1862 succitata.

(4) Cassaz. Roma 10 marzo 1879, sul ricorso Falaschi nel primo senso, e Cassaz. Napoli 21 genn. 1880, P. M. c. Greco nel secondo senso.

31. Il destinatario ha per regola generale facoltà di comunicare ad un terzo per essere prodotti in giudizio i documenti di corrispondenza, e questa facoltà ha la sua ragione di essere nella proprietà che gliene spetta dopo che li abbia ricevuti (1); ma non vi può essere costretto (2), salvo ciò che ho detto al num. 29: inoltre tale facoltà trova un limite nel caso in cui la corrispondenza abbia carattere confidenziale (3).

Non bisogna però esagerare il principio, come fu fatto dalla giurisprudenza francese, la quale è stata perciò giustamente censurata; e difatti si vede nelle sue decisioni antiche e meno antiche seguìto il principio che le lettere, sol perchè dirette ad un terzo, si reputano confidenziali (4), il che è appunto una esagerazione, perchè simili lettere possono bensì essere tali, ma può darsi pure che non lo siano.

Senza poter precisare nulla al riguardo, perchè in questa materia tutto è relativo (5), dico che i documenti di corrispondenza hanno carattere confidenziale quando l'autore della lettera ha raccomandato espressamente il segreto al destinatario, o quando questa raccomandazione è inerente alla natura della comunicazione fatta, come accadrebbe nel caso in cui essa potesse arrecare pregiudizio all'onore od anche solo alla considerazione dell'autore della lettera; ed in questi ed in altri simili casi è manifesto che lo stesso autore della lettera, ben lungi dal dare al destinatario il diritto di servirsene e di abbandonarla a terzi, non manda la lettera che nella convinzione, e quindi sotto la condizione, che ne sarà mantenuto il segreto.

Allorquando per contro colui che scrivendo ad un corrispondente lo intrattiene di affari leciti che ha fatto con un terzo, senza im-

(1) Su questi articoli, I, n. 24; Larombière, Théorie et pratique des oblig. sull'art. 1331 Cod. Civ. Franc., n. 14.

(2) Cassaz. Napoli 5 giugno 1869, Di Venere c. Di Venere Pagano; Cassaz. Firenze 21 dicembre 1868, Tattanelli c. Bianchi.

(3) App. Torino 19 aprile 1882, Mosso c. F...

(4) Sentenze Cassaz. succitate 5 maggio 1858 e 21 luglio 1862, non che 4 aprile 1821, Vincent c. Damicon; Dalloz, Rép., V. Lettre missive, n. 24 e seg.

(5) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1963.

porgli il segreto o senza che questo s'imponga per la natura degli affari dei quali si tratti, non può poi lagnarsi della comunicazione che il suo corrispondente abbia fatto della di lui lettera al terzo, il quale vi abbia interesse, nè dell'uso che quest'ultimo ne faccia.

Ed è stato pure giustamente osservato che il vero colpevole in tal caso non è quegli che si vale di prove attinte ad una corrispondenza che gli è stata volontariamente comunicata, ma bensì colui che cerca di coprire la sua mala fede con un segreto che nessuno gli deve (1).

Questa mi sembra ottima ragione; ma invece mi sarebbe sembrata soverchiamente sottile e quindi non appagante, quella che il Massé attribuisce alla Rota Genovese, che cioè colui che accetta lettere che trattano di affari suoi, sebbene dirette ad altri, acquista relativi diritti, perchè siffatte lettere sebbene per l'indirizzo non a lui destinate, s'intendano pur tuttavia scritte a lui col mezzo del destinatario, nella circostanza che l'affare in esse trattato a lui appartenga. Però, esaminando la Decisione della Rota citata dal Massé, trovo che in quella specie concorreva la circostanza tutta speciale, che colui che aveva scritto la lettera relativa ad affari del terzo, lo aveva fatto allo scopo che il destinatario ne desse notizia a questi, onde soltanto in vista di siffatta speciale circostanza potè la Rota ritenere che « quamvis dictae literae directae quo ad inscriptionem, non sint destinatae dicto Joanni Jacobo, sed dicti Andreae, tamen cum negotium contentum in eis pertineat ad dictum Mainerium (Joannem Jacobum), eidem Mainerio scribitur per medium dicti Andreae »; e la Decisione cita pure i passi della lettera in tal senso, e cioè: « Che sono tutti insieme ducati N. e di tanti vi piacerà di dire a detto Messer Giovan Giacomo tirare innanti il conto d'accordio », e poi: « A chiarezza di esso Mainero e per finir ogni cosa » (2).

(1) Massé, Le dr. comm. etc., n. 2164; Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., tom. I, n. 168.

(2) Decis. 48, n. 3.

Quanto al carattere di confidenziale, ovvero no, delle lettere, può ritenersi che la trascrizione loro nel relativo libro esclude quel carattere perchè, giusta l'art. 28, può dal giudice essere ordinata l'esibizione dello stesso libro, ed a termini dell'art. 50 tutti i libri dei commercianti fanno prova contro di essi (1).

32. Può avvenire che nel servizio della posta e dei telegrafi si verifichino ritardi, e nel particolare dei telegrammi anche errori ed alterazioni, che apportino danni più o meno gravi.

Secondo i principii generali di diritto, simili danni dovrebbero andare a carico delle rispettive amministrazioni, salvi i casi fortuiti e di forza maggiore, e ciò sia che si guardi ai fatti in sè medesimi del ritardo, dell'errore o dell'alterazione, sia che si guardi all'indole speciale del contratto che si pone in essere fra quegli che si serve della posta e del telegrafo, e le relative amministrazioni.

Sotto il primo aspetto, perchè escluso il caso fortuito e la forza maggiore, i ritardi, gli errori e le alterazioni anzidette non possono essere che l'effetto della negligenza o della imprudenza, ed ognuno è responsabile del danno che ha cagionato per propria negligenza od imprudenza, ed è obbligato anche per il danno che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, quali sono gl'impiegati, nell'esercizio delle incumbenze alle quali sono stati destinati (art. 1152 e 1153 del Codice Civile).

E sotto il secondo aspetto, perchè il contratto posto in essere fra chi si vale della posta e del telegrafo e le relative amministrazioni, è contratto di locazione d'opera, come è generalmente riconosciuto (2), dappoichè le dette amministrazioni prestano i servizi di cui si tratta a chiunque, contro compenso pecuniario, onde si verificano gli estremi dell'art. 1570 del Codice Civile, e perchè è proprio di tutti i contratti nei quali taluno debba fare

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1963; Delamarre e Lepoitvin, loc. cit.

(2) Serafini, Il telegrafo ecc., § 37; Gabba, Della responsabilità del danno arrecato da sbagli telegrafici, nella Giurisprudenza Italiana, vol. xxxi, parte quarta, col. 34; Vidari, Corso di dir. comm., n. 1968; Su questi articoli, i, n. 34.

una cosa per altri, che egli sia tenuto al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento della obbligazione, quanto pel ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, o da forza maggiore o caso fortuito (art. 1225 e 1226 detto Codice): il che tanto più dovrebbe ritenersi nel concreto, in quanto che è una necessità creata dalla legge quella di servirsi delle amministrazioni delle poste e dei telegrafi, poichè la prima ha la privativa del trasporto e della distribuzione delle corrispondenze epistolari, giusta l'art. 1° della Legge 5 maggio 1862, e l'art. 1° della Legge 23 giugno 1853 ha stabilito una simile privativa per i telegrafi, riservando al Governo lo stabilimento e l'esercizio delle linee telegrafiche, salve le convenzioni speciali da esso stipulate colle società concessionarie delle strade ferrate.

Ma però, per quanto riguarda il servizio telegrafico, è derogato a quelle che sarebbero le conseguenze dei principii di diritto, dalle disposizioni delle speciali disposizioni legislative che lo riguardano.

Difatti gli art. 76 del R. Decreto 11 aprile 1875, che approva il Regolamento per il servizio dei telegrafi dello Stato, e 3 della Convenzione internazionale telegrafica delli 10-22 luglio 1875, approvata col R. Decreto 1° giugno 1876, e le cui disposizioni vennero estese anche all'interno del Regno col R. Decreto 9 agosto 1876, dichiarano che le amministrazioni telegrafiche e gli Stati non assumono alcuna responsabilità materiale verso gli utenti dei telegrafi: e l'art. 65, § 1 del Regolamento internazionale telegrafico del 28 luglio 1879, approvato col R. Decreto 4 aprile 1880, ed esteso alla corrispondenza telegrafica interna coll'altro R. Decreto 9 maggio successivo, stabilisce che nei casi di notevole ritardo o di difetto di consegna a destinazione dei telegrammi ordinari per il fatto del servizio telegrafico; e nel caso pure in cui per effetto di errori di trasmessione il telegramma collazionato non abbia potuto raggiungere il suo scopo, tutto si riduce alla restituzione della tassa pagata dallo speditore, ed al pagamento di lire cinquanta, quando si tratti di telegrammi raccomandati.

Era stato bensì domandato in nome dei principii di diritto che le amministrazioni dei telegrafi non andassero immuni da responsabilità, almeno nei casi di colpa grave e di dolo (1), ed altri ha creduto che questo voto sia stato accolto con la disposizione dell'art. 46 (2); ma a me sembra che in vece non abbia potuto esserlo e non lo sia stato, che l'art. 46 governi solamente i rapporti fra mittente e destinatario del telegramma, e fra essi e gli impiegati o gli ufficiali telegrafici, e che i rapporti invece con le amministrazioni dei telegrafi rimangano retti dalle or rammentate disposizioni speciali.

Il detto art. 46, che fu introdotto nel Progetto definitivo del Guardasigilli MANCINI, ha avuto illustrazione nella di lui Relazione al Senato del Regno sovra riportata (3), e da essa risultano i concetti ora accennati, perchè vi venne dichiarato espressamente: che per ragioni di economica convenienza i Regolamenti telegrafici sottraggono l'amministrazione ad ogni responsabilità verso i privati, non senza richiamare anche la teoria che considera la irresponsabilità dell'amministrazione come un *jus singulare* della telegrafia, valido anche secondo i principii di diritto (4); e che la quistione che con l'articolo di cui si tratta si è voluta risolvere, è quella se i danni cagionati dall'alterazione dei telegrammi debbano tornare a carico del mittente o del destinatario, indipendentemente dalla possibilità del regresso verso l'amministrazione e verso gli impiegati telegrafici.

E nulla trovo di contrario o di diverso nella Relazione della Commissione della Camera dei Deputati, la quale sarebbe citata in appoggio della diversa sua tesi dal VIDARI nell'ultima sua opera succitata. Ivi si legge soltanto che coll'articolo del quale si tratta « si provvede intorno alle conseguenze e responsabilità degli errori,

(1) SERAFINI, Il telegrafo ecc., § 62 e seg.

(2) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1969; Il nuovo Codice di Commercio, compendiosamente illustrato coi motivi di esso, sull'art. 46.

(3) Su questi articoli, I, n. 34 e 35.

(4) Ivi, nota 5ª, pag. 466.

delle alterazioni o dei ritardi che avvengano nella trasmessione dei telegrammi, e si dichiarano applicabili i principii generali intorno alla colpa (1) »: non viene quindi risolto il dubbio, se l'articolo stesso governi i rapporti soltanto fra mittente e destinatario, ovvero i rapporti ancora di costoro con l'amministrazione dei telegrafi; ed appunto perchè nulla vi si dice di contrario alle dichiarazioni suaccennate, contenute nella Relazione Ministeriale al Senato, non si può ritenere che siasi voluto modificarle.

Al che deve aggiungersi che trattandosi di materia eminentemente internazionale e governata da convenzione appunto internazionale, il legislatore difficilmente avrebbe potuto apportare modificazione così profonda a ciò che è stabilito nella convenzione medesima.

La disposizione generale pertanto dell'art. 46 deve essere applicata, non già alle amministrazioni che fanno il servizio telegrafico, le quali sono rette dal già menzionato *jus singulare*, ma ai rapporti fra le parti, ed ai rapporti ancora fra queste e gli impiegati o gli ufficiali telegrafici, come è pure spiegato nella Relazione Ministeriale (2); il che, quanto a questi ultimi, è confermato dagl'insegnamenti di non pochi scrittori (3) ed è pur voluto dal principio di diritto, secondo cui le disposizioni eccezionali non comportano larghezza di applicazione; onde non sembra accettabile la teoria che la irresponsabilità delle amministrazioni copra pure i loro ufficiali ed impiegati, non potendosi confondere la personalità dell'impiegato con lo Stato o con l'amministrazione che l'impiega.

Quanto ai rapporti fra le parti, cioè del mittente e del destinatario, si è veduto superiormente come non potrebbe mettersi avanti la teoria della *culpa in eligendo* a carico del mittente, nè imputarsi a questi di non aver fatto collazionare il telegramma (4),

(1) Relazione citata, IX, pag. 11.

(2) Su questi articoli, I, n. 34 e 35.

(3) V. l'ultima nota del detto n. 34 parte I. — *Contra* VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1969; e DELAMARRE e LEPOITVIN, Tr. de dr. comm., tom. I, n. 163.

(4) Misura autorizzata dall'art. 49 del succitato Regolamento telegrafico internazionale 28 luglio 1879 che governa anche il servizio interno dello Stato.

poichè colla seconda parte dell'art. 46 del Codice si è bensì voluto promuovere l'uso di questa utile cautela, ma nulla più, e si è pur veduto come le quistioni intorno alle conseguenze ed alle responsabilità per errori, alterazioni e ritardi avvenuti nella trasmessione, debbano essere decise dall'equo e prudente discernimento del giudice, determinato da un attento esame di tutte le circostanze, e con applicazione dei principii generali del diritto intorno alla colpa ed alle sue conseguenze (1).

In generale, e quando non sia stabilita la colpa di alcuna delle parti, i danni rimangono a carico di chi li risente (2); ed a questo riguardo è stato giudicato:

Che allorquando il proponente un contratto di compra-vendita non ha ricevuto, per cagion di ritardo nel servizio, la risposta telegrafica di accettazione nel termine voluto, ed è perciò rimasto svincolato dal contratto medesimo, l'altra parte deve sopportare il danno che le ne deriva, per essere ovvio che se persone assenti per addivenire alla conclusione di un contratto si valgono di un mezzo che per sua natura, lungi dal corrispondere con sicurezza, può fallire alle esigenze della circostanza, nessuna di esse può pretendere di essere indennizzata dall'altra del danno derivatole per essersi àmendue valse di un siffatto mezzo (3);

Che quando per errore dell'ufficio telegrafico venne omessa nel tenore di una commissione l'indicazione del termine prefisso alla consegna della merce, ed il committente rimase svincolato dalla osservanza del contratto che sia stato combinato dal commissionario al di là dello stesso termine, non può il mittente essere chiamato a rispondere dei relativi danni in senso degli art. 1151 e 1152 del Codice Civile, per trattarsi di danno cagionato per fatto non suo, e senza che

(1) Su questi articoli, I, n. 35.

V. anche sulla teoria della « culpa in eligendo » da parte del mittente il telegramma, le dotte dissertazioni del GABBA nella nota alla sentenza succitata 21 giugno 1875 della Corte d'Appello di Casale, nella Giurisprudenza Italiana, vol. XXVIII, parte 1ª, sez. 2, col. 223, e nell'articolo pur succitato, ivi, vol. XXXI.

(2) SERAFINI, op. cit., § 45 e seg.

(3) App. Casale 21 giugno 1875, Brizzi c. Debenedetti.

gli si possa dar carico di negligenza o d'imprudenza; che non gli si potrebbe far colpa di essersi servito di un mezzo di corrispondenza che è oramai di uso ordinario, e che non si può apporre taccia di negligenza al mittente per non aver chiesta la collazionatura del telegramma, perchè di questa cautela non si fa uso che in casi assai rari e gravissimi (1);

Che dichiarato nullo per l'errore che l'ha informato, il contratto di un mandatario che ha venduto ad un prezzo minore di quello indicatogli dal mandante, per effetto di errore commesso nel telegramma, non ha potuto ritenersi obbligato il mandante stesso al risarcimento dei danni, ritenuto che l'errore non era imputabile a lui, ma agl'impiegati telegrafici, e che non poteva imputarsi al mittente di non aver ricorso al mezzo poco usato di far raccomandare il telegramma (2).

E se quest'ultima sentenza per la massima di diritto da essa decisa venne censurata da un distinto scritore (3), è stata però a ragione approvata da altri non meno autorevoli (4).

Quanto poi ai rapporti degl'impiegati od ufficiali telegrafici, se verso coloro che si servono del telegrafo, essi possono tenersi responsabili dei danni cagionati per loro colpa, come si è detto superiormente e come venne pure ritenuto in Francia in due pareri del Consiglio di Stato (5), non dovrà pretermettersi la considerazione in loro favore della grande celerità con cui per la natura stessa delle cose deve compiersi il loro ufficio, e quindi si dovrà compatire facilmente agli errori commessi, e non tenerli responsabili delle loro conseguenze che allorquando concorra colpa veramente grave.

La deroga espressa, che è come sovra fatta per il servizio te-

(1) App. Venezia 25 marzo 1879, Sartori c. Dolfi.

(2) App. Amiens 11 maggio 1854, Auband c. Gourdin, nel Dalloz. Réc. périod., 1859, 2, 147.

(3) Pont, Des petits contrats, tom. i, n. 1066.

(4) Aubry et Rau su Zacchariae, Cours de dr. civ. franç., tom. iv, nota 3 al § 415; Principes de dr. civ. franç., Laurent, tom. xv, n. 495, e xxviii, n. 59.

(5) In data delli 10 settembre e 6 dicembre 1855, riferiti nel Dalloz, Réc. périod. in nota alla succitata sentenza della Corte d'Appello d'Amiens.

principii generali di diritto, non si verifica per il servizio
ɔ, se non nel caso speciale della perdita di lettere o di
comandati, per il quale gli art. 10 della Legge 5 maggio
20 e 57 del Regolamento 21 settembre stesso anno per la
:uzione, prescrivono che quando non sia cagionata da forza
re, la responsabilità dell'amministrazione delle poste si ri-
lla corresponsione del compenso di lire cinquanta, e nell'altro
ɔur speciale delle irregolarità nella spedizione dei giornali a
co... o che abbiano presa l'associazione negli uffici postali, la cui responsabilità è esclusa dall'art. 121 del detto Regolamento; e conseguentemente la responsabilità dell'amministrazione delle poste per ogni altro caso di perdita o di ritardo, allorquando concorrano i termini abili ad attribuirla all'amministrazione medesima giusta i principii generali di diritto, mi pare tanto più sicura per il principio che *exceptio firmat regulam:* soltanto la prova ne sarà bene spesso malagevole.

33. Coll'art. 47 fu opportunamente provveduto, in relazione anche alle discipline che governano le corrispondenze telegrafiche (1), affinchè nelle materie commerciali possano trasmettersi per telegramma validamente ed in maniera da far prova in giudizio, il mandato e qualunque dichiarazione di consenso, anche giudiziale, con sottoscrizione autenticata da notaio secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici; la quale mentre era cosa desiderata dal commercio e conforme alle sue necessità, non avrebbe potuto ottenersi senza una espressa disposizione legislativa: difatti laddove non vi si fosse provveduto, avrebbe potuto dirsi anche in materia commerciale, come ha ritenuto il Consiglio di Stato in materia di appello in causa di capacità elettorale, che i telegrammi da qualunque autorità spediti e ricevuti non sono atti autentici: si trattava di telegramma di un Procuratore generale presso Corte di Appello al Sindaco, attestante l'appellazione proposta da elettori

(1) Art. 13 delle Norme speciali per il servizio telegrafico internazionale ed interno, approvate col R. Decreto 9 agosto 1876 ed art. xv, §§ 3 e 4 del Regolamento internazionale 28 luglio 1879 succitato.

cancellati dalle liste elettorali, e si è ritenuto che esso non bastasse a tener luogo del certificato di appello richiesto dagli art. 43 e 60 della Legge comunale provinciale (1).

34. Nel campo della teoria era stato espresso il desiderio che si facesse di più su questo argomento, ed anzi si era accennato assai prima dell'attual Codice che si potesse fare appunto di più.

Il Serafini (2), il Bosellini (3) ed il Panattoni (4) accennavano precisamente negli anni 1854 e 1862 alla possibilità che si potesse procedere coll'aiuto e col mezzo del telegrafo a sequestri e pignoramenti nei casi di urgenza e di fuga, facendo telegrafare da un' autorità giudiziaria all' altra; ma mi sembra che nè vi sia possibilità di ciò fare allo stato attuale della legislazione, come non vi era nell'epoca in cui quei valent'uomini scrivevano, nè che il legislalatore potesse sentire il bisogno e la opportunità di permetterla.

Ed i motivi sono i seguenti:

Il pignoramento deve farsi dall'usciere del luogo in cui si trovano gli oggetti mobili od i crediti da pignorare, e previa la notificazione al debitore del titolo esecutivo e del precetto, colle forme stabilite dall'art. 368 del Codice di Procedura Civile, come è prescritto dall' art. 562 dello stesso Codice; e non è possibile supplire col telegrafo a siffatte notificazioni, le quali non solamente sono volute dalla legge e non possono sotto pena di nullità pretermettersi, ma hanno la loro ragione di essere nella tutela, alla quale ha pur diritto anche il debitore, vero o supposto, contro il quale non si deve agire esecutivamente se non dopo che siasi avuto e siagli stato notificato un titolo esecutivo, od almeno contemporaneamente a ciò.

Al sequestro non può procedersi se non quando all'ufficiale com-

(1) Parere 21 gennaio 1881 del Consiglio di Stato, nel Monitore degli Amm., 1881, pag. 151.

(2) Il telegrafo ecc., § 14.

(3) Dissertazione superriormente citata.

(4) Appendice alla detta Dissertazione, pure nel giornale La Temi, vol. IV, pag. 452-455.

petente si presenti relativo ordine o provvedimento dell'autorità giudiziaria pure competente, e nemmeno a questa presentazione può supplirsi col telegrafo.

D'altra parte non se ne può praticamente sentire il bisogno, perchè nella generalità dei casi è competente il Pretore del luogo in cui deve eseguirsi, che è quanto dire del luogo in cui si trovano gli oggetti da sequestrarsi, giusta l'art. 926 del Codice di Procedura Civile, e perchè questa competenza gli è pure attribuita, concorrendo l'urgenza, dal capoverso dell'art. 927, anche nel caso in cui per la connessione ad una causa già pendente, esso dovesse domandarsi d'ordinario al Pretore od al Presidente del Tribunale o della Corte davanti cui pendesse la causa; ed in verità se il sequestro si può domandare al Pretore del luogo in cui si trovano gli oggetti da sequestrare, a che pro' l'uso del telegrafo fra un'autorità giudiziaria e l'altra? — Basterà che chi vuole ottenere il sequestro, e si trovi lontano, faccia uso del telegrafo per conferire a taluno l'incarico di presentare l'opportuno ricorso ed i documenti o le prove o le informazioni necessarie al Pretore del luogo: e d'altronde nè si potrebbe invertire l'ordine delle giurisdizioni provocando il sequestro dal Pretore del luogo in cui si trovi il creditore; nè si potrebbero introdurre così facilmente nuove norme giudiziarie, come sarebbe quella che un Pretore dopo accordato un sequestro richiedesse telegraficamente altro Pretore per farlo eseguire, o ciò ordinasse ad usciere d'altra Pretura; nè del pari potrebbero presentarsi documenti, informazioni e simili a Pretore diverso, affinchè questi ne trasmettesse la notizia telegrafica a quello competente ad accordare il sequestro.

Sono cose praticamente assai malagevoli, se pure non sono finanche impossibili; e convien contentarsi della disposizione dell'art. 46, applicandola ne' suoi limiti.

35. Mi sembra utile di rammentare qui le principali disposizioni delle leggi e dei regolamenti speciali concernenti la corrispondenza telegrafica, per quanto possano riferirsi alla prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni.

Il R. Decreto 11 aprile 1875, n. 2412 (serie 2ª), approva il

Regolamento per il servizio dei telegrafi dello Stato: esso è affidato, sotto la responsabilità del Ministro dei lavori pubblici, ad un'Amministrazione centrale distinta, retta da un direttore generale (art. 1): la corrispondenza telegrafica è regolata dalle norme della convenzione internazionale, e da quelle speciali prescritte per la sua applicazione nell'interno del Regno (art. 71): il segreto dei telegrammi è inviolabile (art. 72): registri speciali per il servizio di accettazione, per quello di ogni apparato e per quello di recapito, accertano le circostanze del corso dei telegrammi in ciascun stadio (art. 73): tutti i documenti che si riferiscono alla corrispondenza telegrafica si serbano per un tempo determinato da istruzioni della Direzione generale presso le Direzioni compartimentali, alle quali sono spediti nei tempi stabiliti e secondo la rispettiva importanza degli uffici (art. 74): l'Amministrazione telegrafica dello Stato non assume responsabilità materiale verso gli utenti del telegrafo (art. 76).

L'ultima Convenzione telegrafica internazionale fu conchiusa a Pietroburgo il 10-22 luglio 1875 fra l'Italia, l'Austria-Ungheria, il Belgio, la Danimarca, la Francia, la Germania, la Grecia, i Paesi Bassi, la Persia, il Portogallo, la Russia, la Spagna, la Svezia e Norvegia, la Confederazione Svizzera e la Turchia, lasciandosi facoltà agli altri Stati di aderirvi, e presso di noi ne fu ordinata la esecuzione col R. Decreto 1° giugno 1876, n. 3163 (serie 2ª).

Disposizioni principali della stessa convenzione internazionale dal punto di vista del diritto privato sono le seguenti: il diritto riconosciuto a chiunque di corrispondere col mezzo dei telegrafi internazionali (art. 1): l'impegno di tutti gli Stati di assicurare il segreto delle corrispondenze e la loro regolare spedizione (articolo 2): la protesta però degli Stati medesimi di non accettare al riguardo alcuna responsabilità (art. 3): la riserva di completare le disposizioni della Convenzione mediante un Regolamento, le cui prescrizioni possono essere in ogni tempo modificate di comune accordo dalle Amministrazioni degli Stati contraenti.

Un Regolamento appunto in data 7-19 luglio 1875 per il ser-

vizio internazionale dei telegrafi trovasi annesso alla detta Convenzione, ma venne poscia sostituito da altro firmato a Londra il 28 luglio 1879, e mandato eseguirsi con R. Decreto 4 aprile 1880, n. 5377 (serie 2ª), dal quale risulta che vi presero pur parte l'Inghilterra anche per le Indie, il Giappone, la Rumania, la Serbia e la Nuova Zelanda, e che quindi questi Stati hanno aderito alla Convenzione internazionale.

Con R. Decreto 9 agosto 1876, n. 3296 (serie 2ª), furono estese alla corrispondenza telegrafica nell'interno del Regno, e così anche per il servizio telegrafico fatto da altri che dallo Stato, le norme per il servizio internazionale contenute nella detta Convenzione internazionale di Pietroburgo e nel relativo Regolamento, e furono approvate norme speciali relative al servizio internazionale ed a quello interno, che sono annesse allo stesso Decreto, e poscia con altro R. Decreto 9 maggio 1880, n. 5446, fu esteso al servizio interno il detto Regolamento internazionale 28 luglio 1879; ed allo scopo che qui mi propongo, di richiamare cioè quello che può interessare in relazione al Codice di Commercio, basta richiamare che l'art. 13 delle accennate norme speciali stabilisce essere la Direzione Generale dei Telegrafi autorizzata a far certificare telegraficamente la legalizzazione delle firme dei telegrammi a termini dei §§ 3 e 4 dell'art. XXIII del Regolamento internazionale del 7-19 luglio 1875, ai quali corrispondono i §§ 3 e 4 dell'art. XV del Regolamento internazionale ora in vigore del 28 luglio 1879, e che l'art. LXIII di quest' ultimo stabilisce che gli originali dei telegrammi ed i documenti relativi si conservano almeno per sei mesi dalla loro data, e questo termine è portato a diciotto mesi per i telegrammi extra-europei.

36. L'art. 48 del Codice dispone che i libri di commercio tenuti regolarmente possono essere ammessi a servire di prova in giudizio fra commercianti in materia di commercio.

Questa regola fu anch'essa introdotta dalla consuetudine, per il vantaggio ed anzi per le necessità del commercio. « Quod ad privilegii istius originem attinet, scrive l'Einneccio, inter omnes fere jurisconsultos constare animadverto, illam non ex jure communi Romano... sed ex vetere quadam multisque gentibus communi

consuetudine esse repetendam » (1). E difatti, come insegna lo stesso giureconsulto, se « jure vetusto » si accordava fede in Roma ai libri dei negozianti soltanto per l'accordo di quelli rispettivamente tenuti dalle due parti (2), e se varii testi del Diritto Romano portano la regola che nessuno potesse creare un titolo a sè medesimo (3), dopo però che il Fachineo fece notare nel responso di Paolo riportato nella Legge 26, § 2, Dig. Depositi vel contra, che era ammessa la possibilità di prestare una certa fede anche a chi abbia scritto in proprio favore, laddove le circostanze, da valutarsi dal giudice, lo permettevano (4), molti glossatori, fra cui Bartolo e Baldo, dal detto testo e da altri analoghi desunsero militare non lieve presunzione di verità a favore dei libri dei commercianti regolarmente tenuti, ed i medesimi dover ottenere piena fede quando vi si aggiungesse il loro giuramento suppletivo, ed il Bacovio ed il Marquardo, ne diedero appaganti motivi, il primo fondandosi sopra una manifesta ragione di equità, ed il secondo sovra una specie di mandato implicito dato al commerciante da coloro che con lui contrattano, di scritturare cioè nei suoi libri le intese negoziazioni (5). Onde questa dottrina, la quale consente fede ai libri dei commercianti

(1) De libris mercatorum forum cedentium, § vii.

(2) « Solebat creditor, pecuniam, nomen debitoris, caussam debendi, reliquasque circumstantias, praesente debitore, in tabulas rationum referre, idemque praesente creditore, faciebat debitor: eique codices inter se comparati, si inter se similes reperiebantur, plenam faciebant fidem ». Però di questa prova per via di comparazione dei rispettivi libri aveva bisogno soltanto « quis ex arca numerasset expendissetque pecunia », perchè chi invece « mensario vel argentario numeraverat, praecipua probatio ex rationibus argentarii petebatur, cujus ad ufficium pertinebat singulorum rationes conficere ». Einneccio, ibid., §§ xii e xiii.

(3) L. 5 e 7 Cod. De probat. e l. 10 Cod. De test.

(4) Fachineus, Contr. jur., lib. xi, cap. xxxiii.

(5) « Quum mercatores quibusvis mercium suarum emtoribus sine chirographo fidem habere soleant, tanto aequius est, ex adverso quoque plus fidei illorum litteris adscribi. — Bacovius, ad Treutl. vol. ii, Disp. iv, th. ii, lit. B. — « Qui cum iis (mercatoribus) contrahunt, scire debent mercatores necessitati teneri hos libros conficere, nec alias probationes habere quam per scripturam proprii codicis rationum: unde videtur qui negotiantur cum iis mandare ipsis, ut data et accepta scribant. — Marquardus, De jur. mercat., lib. iii, cap. 9, § 16.

regolarmente tenuti, anche a favore del loro autore, che nella rinascenza dello studio del Diritto Romano in Italia nel secolo XIV e nei seguenti era insegnato dalla cattedra, lasciò traccia in quasi tutti gli statuti delle città italiane formati in quei tempi, dai quali fu accolta con modalità ed in gradi diversi, e venne poi diffusa in quasi tutta l'Europa, sia dagli Italiani, nelle cui mani stava allora quasi esclusivamente l'universo commercio, sia ancora dai Giureconsulti della Germania specialmente, che accorrevano alle Università di Bologna e di Pavia, e che, come osserva l'EINECCIO, dovettero importare nelle Università, nei Tribunali, e nel foro del proprio paese ciò che avevano appreso in Italia: « Jam vero (egli scrive) non difficile erit ostendere qua via eadem de mercatorum codicibus doctrina se per Germaniam, quin universam fere Europam, diffuderit. Medio enim aevo nulla fere gens negotiandi causa frequentius per vicina regna et provincias discurrebat, quam Itali.... Vagabantur illi sub nomine Lombardorum itemque Caorcinorum per Galliam, Germaniam, Belgium, et non solum merces orientales venum exponebant, sed et pecunias credebant sub pignoribus. Et sic profecto non mirandum, una cum Lombardis, etiam privilegium illud mercatorum in Germaniam penetrasse, maxime quum paulatim Jurisconsulti, qui Bononiae et Patavii prima juris stipendia fecerant, curias ac fora, quin et academias Germaniae occuparent, et hinc quae in Italia didicerant, in usum apud Germanos deducere omni studio animique contentione niterentur » (1).

Anche l'ANSALDO scrisse che « Libri mercatorum probant de consuetudine, non de jure communi » e che « Juxta varia locorum statuta vel principis indulta, libris mercatorum vel fides indefinita, vel usque ad certam summam adhibentur » (2).

La regola pertanto di potersi prestar fede ai libri dei commercianti, anche in favore di coloro che li tennero, nacque dalla necessità stessa delle cose e fu introdotta dalla pratica e dalla scienza italiane, dalle quali passò alle altre nazioni ed alla moderna codificazione.

(1) EINECCIO, ibid., §§ XI e XV a XVIII.

(2) Disc. gen. de comm., n. 94 e 129.

La disposizione pure del capoverso dell'art. 48, per la quale è dichiàrato che i libri dei commercianti non cessano di reputarsi regolari per essere scritti dai commessi di ciò incaricati, e non propriamente dal commerciante, è portata dalla necessità stessa delle cose ed è conforme agli insegnamenti degli antichi giureconsulti, che combattendo quei pochi che pensavano diversamente ciò ritenevano, in applicazione della massima che « quod quis per alium facit, illud ipse fecisse videtur » (1).

37. Sulla disposizione dell'art. 48 è da notarsi che si parla dei *libri di commercio* in generale, e non di quelli soltanto la cui tenuta è dichiarata obbligatoria dagli art. 21 e 22: e la frase *tenuti regolarmente* non mi sembra da doversi interpretare, come qualche scrittore almeno implicitamente farebbe, nel senso cioè di libri *obbligatori*, perchè i due ordini d' idee sono diversi, ed anche i libri facoltativi possono essere tenuti regolarmente od irregolarmente, come spiego nel numero seguente, salvo solo le formalità della numerazione, parafrazione e vidimazione di cui nell'art. 23: da ciò la conseguenza che anche gli altri libri tenuti dai commercianti, cioè gli ausiliari, possono essere ammessi in giudizio per servire di prova; e bene è stato detto che non tenerne conto sarebbe grave errore, e che il giudice si priverebbe così di un buon mezzo di prova: nè potrebbe reputarsi improvvida codesta larghezza di disposizione per non essere gli stessi libri *ausiliari* sottoposti a formalità che ne assicurino la verità e la lealtà come gli *obbligatori*, dappoichè il libro-giornale ne deve pur sempre essere la base, e le garanzie di cui la legge ha circondato questo libro valgono anche per gli altri, i quali non possono che confermare e sviluppare ciò che si contiene nel giornale, e contenere il modo di esecuzione delle operazioni menzionate in esso.

Per questi motivi appunto i libri ausiliari od accessori non possono tener luogo del libro-giornale (2) e degli altri libri ob-

(1) EINECCIO, ibid. § XIX.

(2) Cassaz. Torino 16 luglio 1879, Molfino c. Rocca; Cassaz. Milano 8 febbraio 1865, Corona Caramora c. Furgher; Cassaz. Napoli 13 aprile 1867, Pastori c. Antonacci.

bligatori per legge, nè possono aver valore se non vadano d'accordo col medesimo, e siano con esso prodotti; ed in caso di contraddizione fra di essi, deve prevalere quest'ultimo (1).

Tali sono stati anche gl'intendimenti del nostro legislatore (2).

È per avventura soverchiamente assoluta e nella sua troppo assoluta affermazione non sarebbe da seguirsi, la succitata sentenza della Corte Suprema di Torino, nella parte in cui ritenne che i soli libri che il commerciante è in obbligo di tenere per legge, e purchè siano tenuti regolarmente e colla osservanza delle prescritte formalità, possono far fede in giudizio a favore del commerciante che li ha tenuti; ma essa ha certamente bene giudicato nella parte in cui ha ritenuto che i libri ausiliari non potevano supplire al libro-giornale ed a quello degl'inventari annuali, e già ho avuto occasione di avvertire, contro ciò che insegnerebbe il BEDARRIDE, che i libri ausiliari non potrebbero essere ammessi a supplire al libro-giornale nel caso in cui questo fosse perito per circostanza di forza maggiore indipendente dalla volontà del commerciante, non ostante che un'apparente ragione di equità potesse in tal caso a primo aspetto consigliare di ammettere senz'altro all'appoggio delle sue domande i documenti che avessero sopravvissuto al disastro, e conseguentemente anche i libri ausiliari (3).

La stessa Corte Suprema di Torino in altra sentenza ha pur riconosciuto che «tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno sanzionato il principio, che come è facoltativo al giudice di ammettere o di non ammettere a far prova in giudizio gli stessi libri di commercio dalla legge ordinati, può ammettere a far prova gli altri libri, oltre a quelli dalla legge prescritti, quando constino regolarmente tenuti (4)».

(1) LOCRÉ, Espr. du Cod. de comm., sull'art. 12, tom. 1, pag. 87; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 218; BEDARRIDE, Des comm. et de livr. de comm., n. 241; DALLOZ, Rép. V. Commerçant, n. 266. — « Si unus liber esset relativus ad alium, non probaret, nisi exhibitis aliis relatis », CASAREGIS, Disc. 30, n. 81.

(2) Su questi articoli, I, n. 23 in fine.

(3) Sugli art. 21 a 28, II, n. 5.

(4) Cassaz. Torino, Classe penale, 23 genn. 1879, sul ricorso Depaoli. Conf., VIDARI, Corso di dir. comm., n. 224.

38. Nell'art. 48 è in secondo luogo stabilito che i libri di commercio siano *tenuti regolarmente*, e la tenuta regolare degli stessi libri di commercio consiste specialmente nella osservanza delle prescrizioni degli art. 21, 23 e 25.

Così sarebbe contraria alla tenuta regolare del libro-giornale, il quale deve presentare giorno per giorno le operazioni del commerciante, l'annotazione che vi apparisse intercalata in un intervallo bianco, invece di esservi fatta nell'ordine della sua data; ed all'annotazione medesima non potrebbe prestarsi fede (1).

Ma per altro la disposizione di cui si tratta deve intendersi *sano modo*, non in maniera assoluta, e per guisa che i libri tenuti con qualche irregolarità non possano mai ammettersi a far prova. Anche in ciò deve ritenersi conceduta una certa larghezza di facoltà ai giudici, e venne giustamente osservato che la tesi troppo generale sarebbe ingiusta, perchè una qualche irregolarità può sfuggire anche al commerciante più diligente, e sarebbe improvvida, perchè apporterebbe una dannosa limitazione al libero apprezzamento del magistrato (2).

39. In terzo luogo l'art. 48 dichiara che i libri anzidetti *possono* essere ammessi a servire di prova in giudizio tra commerciante in materia di commercio.

Possono, dice la legge, e non *debbono*, e se ne è veduta superiormente la ragione (3); e nel prudente arbitrio che al riguardo è conceduto ai giudici (4), la cui critica logica e giuridica può su di essi sovranamente esercitarsi, senza che sia sindacabile dalle Corti Supreme (5) essi possono prendere norma dalla verosimiglianza,

(1) Cassaz. Torino 31 marzo 1875, Vinca c. Maino.

(2) Articolo del prof. Vidari nel Giornale delle leggi, 1874, pag. 108, e suo Corso di dir. Comm., n. 217.

(3) Su questi articoli, I, n. 23 prima parte.

(4) Vidari, Corso di dir. comm., n. 214; Pardessus, Cours. de dr. comm., n. 258; Massé, Le dr. comm. etc., n. 2499; Delamarre e Lepoitvin, Tr. de dr. comm., vol. 1, n. 171.

(5) Cassaz. Firenze 4 aprile 1848, Bachi c. Gasparetti; Cassaz. Roma 5 gennaio 1881, Borghi c. Raineri.

ovvero no, di ciò che col mezzo dei libri di commercio vogliasi stabilire; dal trovarsi confermato o contraddetto da altre risultanze della causa; dalla uniformità o discrepanza dei libri prescritti dalla legge fra di loro, e con quelli ausiliari, poichè, come insegna l'EINECCIO, « quamvis solis adversariis (brogliassi) ea fides non habeatur, quam codicibus (libri) ipsis attribui diximus, merito tamen horum quaque fides vacillat, si quae in codice leguntur ab iis quae in adversariis scripta reperias, omnino discrepent (1) »; dall'uso di affidare a scritti, ovvero no, i contratti e gli accreditamenti di cui si tratti, ecc. (2). I giudici nel loro prudente arbitrio possono anche, se le circostanze lo consiglino, ricercare altri elementi di prova, in aggiunta ai libri di commercio; e così ordinare la discussione dei conti davanti un giudice delegato per meglio appurare la verità delle cose, sebbene siano prodotti quei conti per estratto autentico dei libri (3).

Non potrebbe poi fornire sicura prova il libro-giornale, sebbene regolarmente tenuto, quando fosse prodotto tenendone molti fogli suggellati, se fra due negozianti esistesse conto corrente, e quindi una serie di operazioni e di accreditazioni che deve essere manifestata in tutta la sua interezza, onde chiarire chi dei due sia creditore o debitore (4).

40. La legge dice pure *tra commercianti in materia di commercio*, volendo che le due condizioni si verifichino cumulativamente, come fu pure spiegato superiormente, sulle traccie anche dell'antica dottrina della scuola Italiana (5), e come lo fu più chiaramente nell'occasione della formazione del Codice di Commercio Francese, il cui art. 12 corrisponde al nostro art. 48, poichè mentre si era prima proposta la frase « entre commerçant *et* pour faits de commerce », fu eliminata la copulativa *et*, a proposta del

(1) De libris mercatorum, § XIX.
(2) VIDARI, Corso di dr. comm., n. 216 e 217.
(3) App. Torino 18 febbraio 1867, Astesano c. Sorrisio.
(4) App. Genova 4 febbraio 1870, Preve e Macciò c. Bandini.
(5) Su questi articoli, I, n. 26.

Tribunato, per eliminare l'equivoco cui essa avrebbe potuto dar luogo, che cioè la prova col mezzo dei libri di commercio potesse essere ammessa fra commercianti anche per contestazioni estranee al commercio, ed in materia di commercio anche fra persone non commercianti, onde il Locré ha spiegato: « Voilà les limites qu'on a entendu donner à la disposition: son application est déterminée par la qualité des personnes et par la nature des faits tout ensemble: il faut non seulement que les parties soient des commerçants, mais encore qu'elles plaident pour des faits de commerce (1) »; dal che deriva, come fu pur spiegato nella surriportata Relazione Ministeriale al Senato, che se tra due commercianti ebbe luogo un atto civile, come una divisione di eredità, la locazione di un'abitazione e simili, i libri di commercio che ne contenessero nota non potrebbero farne prova.

41. Tutte le parti dovendo, quali commercianti, tenere regolarmente i proprii libri mercantili, gli uni serviranno di controllo agli altri; e nel conflitto fra le loro risultanze che avesse a verificarsi, spetterà al prudente arbitrio del giudice il deferire a quelli dell'una piuttosto che dell'altra parte, secondo le circostanze e gli altri mezzi di prova che potranno attingersi da presunzioni, dalla corrispondenza, dall'esame di testimoni e simili (2). Quando poi a libri regolarmente tenuti se ne oppongano d'irregolari, quelli dovranno naturalmente avere la preferenza su questi, senza però dare soverchia importanza, salve le ragioni della finanza pubblica, a quella irregolarità che derivasse da difetto di bollo, e senza che consimili difetti possano essere per i giudici motivo assoluto di negarvi fede e di rifiutar di servirsene per illuminarsi, mentre secondo i principii di diritto in materia commerciale essi possono pur decidere per semplici presunzioni (3).

42. La disposizione dell'art. 48 lascierebbe luogo al dubbio, se per ammettere i libri di commercio, regolarmente tenuti, a fare

(1) Esprit du Code de comm., tom. 1, sull'art. 12, III.
(2) Pardessus, Cours de dr. comm., n. 260.
(3) Pardessus, ibid., n. 258 in fine.

prova tra commercianti in materia di commercio, l'operazione debba aver carattere di commerciale per tutte le parti, ovvero se basti che l'abbia per una sola di esse: così dato il caso in cui un commerciante di stoffe abbia fornito stoffe appunto ad un commerciante di vini per uso suo e della famiglia, nel qual caso l'atto sarebbe commerciale per il primo e non lo sarebbe per il secondo, può dubitarsi se il commerciante di stoffe potrebbe ottenere che i suoi libri di commercio siano ammessi in giudizio per servire di prova della detta fornitura; e sotto il precedente Codice Italiano, che aveva nell'art. 21 disposizione eguale alla prima parte dell'art. 48, ed anche sotto il Codice Francese, il cui art. 12 vi corrisponde, la quistione era variamente risoluta (1). Ma nell'attual Codice il dubbio venne risoluto nel senso affermativo mediante la regola da esso stabilita nell'art. 54, che cioè quando un atto sia commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alle leggi commerciali, onde basta l'elemento della commercialità per un solo dei contraenti a portare all'applicazione di tutte le disposizioni speciali al commercio, e fra esse di quella dell'art. 48 (2).

43. Quanto ai non commercianti, nei rapporti dei quali l'art. 48 non sarebbe certamente applicabile in presenza della già avvertita sua restrizione ai rapporti *tra commercianti*, vi provvede l'art. 1328 del Codice civile, secondo cui i libri dei commercianti se non fanno fede delle somministrazioni che vi sono registrate contro le persone non commercianti, possono però autorizzare il giudice a deferire il giuramento d'ufficio all'una od all'altra parte; ond'è che se non fanno piena prova, costituiscono almeno quel principio di prova, dato il quale il giudice è autorizzato a deferire il giuramento suppletivo (art. 1375 Codice Civile); e fu autorevolmente

(1) In senso affermativo, TOULLIER, Le dr. civ. franç., tom. VIII, e MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 2495; in senso contrario: DELVINCOURT, Inst. de dr. comm., tom. II, p. 18; DALLOZ, Rép. V. Commerçant, n. 254; BEDARRIDE, Des comm. et des livres de comm., n. 216 e seg.; ed in dubbio PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 258.

(2) Su questi articoli, I, n. 26 e 38.

detto che lo stesso art. 1328 del Codice Civile completa le regole intorno all'applicazione dell'art. 48 del Codice di Commercio (1).

Questa disposizione del Codice Civile dà luogo alla quistione, se, al pari del giuramento suppletivo, sia pure ammessibile la prova testimoniale per completare la dimostrazione delle somministrazioni fatte a persone non commercianti e registrate nei libri dei commercianti, sebbene sorpassino il valore di lire cinquecento (art. 1341 Codice Civile). Alcuni scrittori tengono per l'affermativa, fondandosi sugli usi commerciali che non permettono, ai dettaglianti sovratutto, di farsi rilasciare una prova per iscritto delle loro forniture (art. 1348 del Codice Civile), e sull'argomento che si ricava dall'essere permesso il giuramento suppletivo, il che sembra indicare dover *a fortiori* consentirsi l'ammessione della prova testimoniale, perchè ammettere col giuramento suppletivo la testimonianza dell'attore in causa propria è assai più che permettergli d'invocare la testimonianza di persone terze e disinteressate, la quale d'altronde non lega i giudici e può essere controbilanciata dai testimoni che il convenuto può a sua volta far esaminare (2). Altri scrittori invece sostengono l'inammessibilità della prova testimoniale, per non aversi nel libro del commerciante quel principio di prova per iscritto emanante dal convenuto, che può rendere la prova stessa ammessibile, e perchè credono che l'ammessione della prova testimoniale peggiori la posizione del convenuto (3); ma a me sembra preferibile la dottrina dei primi.

Per altro nè giuramento suppletivo, nè prova testimoniale sarebbero ammessibili, quando si trattasse di cose diverse da somministrazioni fatte dal commerciante di oggetti del suo commercio. Mancherebbe in tal caso la ragione della eccezionale disposizione della legge, che è fondata, come si diceva, sull'uso e sulla morale

(1) Su questi articoli, n. 27.

(2) Bedarride, Des comm. et des livr. de comm., n. 254 e seg., e Du dol et de la fraude, n. 733 e seg.; Toullier, Le dr. civ. franç., tom. VIII, n. 369.

(3) Bravard Veyrières, Manuel de droit comm., p. 31; Massé, Le dr. comm. etc., n. 2491.

impossibilità di chiedere a ciascun compratore al dettaglio la prova scritta della compra fatta, e riprenderebbe vigore la regola generale, che nessuno può creare un titolo a sè medesimo (1).

44. Per la fede come sopra accordata ai libri del commerciante in materia di commercio, non importerebbe che il commerciante avesse cessato di esercitare il commercio.

Questa è dottrina oramai pacifica, come dice la Relazione Ministeriale al Senato (2), citando anche l'autorità di scrittori antichi italiani e tedeschi contro la contraria opinione del BARTOLO (3), ai quali si possono aggiungere lo STRACCA, il quale proponendosi la quistione, « si mercator esse desiit, num virtute legis municipalis fides habenda sit libris quos dum mercaturam exercuit, conscripsit », risponde « et credendum puto » (4); l'ACCURSIO, citato dallo stesso STRACCA in appoggio della sua opinione; la ROTA FIORENTINA (5), e l'AZUNI (6), e fra i moderni il MASSÉ (7).

45. È conseguente poi alle condizioni come sovra poste dall'art. 48 per l'ammessione dei libri mercantili a far fede in giudizio, la disposizione dell'art. 49, che ai libri che i commercianti sono in obbligo di tenere, e pei quali non si sono osservate le formalità stabilite, nega qualsiasi fede in giudizio a profitto di quelli che li hanno tenuti; ed è anche una giusta pena comminata a coloro che trascurano di obbedire ad un precetto legislativo, il quale si accorda perfettamente con la regolarità ed il buon ordine dei loro affari.

Da codesta disposizione di legge deriva che i contradditori in giudizio dei commercianti, i quali abbiano tenuto irregolarmente i loro libri, possono sempre eccepire la irregolarità appunto dei libri medesimi, ed opporsi a che in giudizio se ne ammetta la

(1) BEDARRIDE, Des comm. et des livr. de comm., n. 257.
(2) Su questi articoli, I, n. 25.
(3) Sulla L. 5, § 3, Dig. De jur. immun.
(4) Quomodo in caus. mercator. proced. sit, pars. 1ª, n. 34.
(5) Decis. 14, n. 4 e 5, tom. VII, e decis. 4, n. 78, tom. IX.
(6) Dizion. di Giurispr. merc., V. Libri mercantili, § 14.
(7) Le dr. comm. etc., n. 2496.

produzione, e se ne tenga conto, senza che però codesta irregolarità possa essere opposta da coloro che li hanno tenuti, sia nei loro rapporti coi terzi, sia anche fra di essi, quando si tratti di soci, i quali naturalmente sono tutti egualmente responsabili della irregolarità della tenuta dei libri; e ciò pel motivo che nessuno può essere ammesso a profittare della propria colpa (1).

46. L'art. 50 dispone che tutti i libri dei commercianti, in qualunque modo tenuti, fanno prova contro di essi, perchè in tal caso si ha nei medesimi una confessione da parte del commerciante, coll'avvertenza però sancita dalla seconda parte del detto articolo. che il contenuto dei libri, e la confessione che ne deriva, non può scindersi da quegli che vuol trarne vantaggio, respingendo ciò che gli fosse contrario. Aveva già detto la ROTA GENOVESE che « Petens exhiberi libros, tenetur eis stare, tam pro, quam contra » (2).

Codesta regola, la quale s'informa al principio generale di diritto della inscindibilità della confessione (3), va applicata però soltanto, come giustamente avverte un lodato scrittore (4), alle enunciazioni ed agli articoli del libro che siano connessi e che abbiano rapporto all'affare medesimo, perchè evidentemente le partite estranee alla contestazione, tali devono rimanere. « Saepius disputari contingit, scrive l'ANSALDO, an libri eorumque partitae possint pro una parte acceptari et pro altera respui, et regola est negativa....; quod tamen intelligitur ubi partitae sint connexae, hoc est quod

(1) TOULLIER, Le dr. civ, franç., tom. VIII, n. 387 e seg.; BEDARRIDE, Des comm. et des livr. de comm., n. 267; PARDESSUS, Cours de dr. comm., n. 260 in fine; Cassaz. Francese 7 marzo 1837, Lachelin c. Lefebvre.

(2) Decis. 49, n. 2.

(3) Art. 1360 del Codice Civile Italiano, che riproducendo l'art. 2296 del Codice Parmense ed il 2363 dell'Estense ha dichiarato egualmente inscindibile la confessione stragiudiziale che la giudiziale, mentre alla confessione stragiudiziale, alla quale è analoga quella che si ricava dai libri dei commercianti, da molti si diniegava la inscindibilità sotto l'impero di Codici, che, come l'Albertino ed il Francese, l'avevano con precisa disposizione di legge prescritta per la confessione giudiziale. Ved. sent. Cass. Torino 19 luglio 1854, Perino utrinque, e DALLOZ, V. Obligations, n. 5160 e seg.

(4) MASSÉ, Le dr. comm. etc., n. 2492.

contineant unam eamdemque causam, unaque veniat ad qualificationem vel peremptionem alterius » (1).

E secondo l'esempio che ne dà altro lodato scrittore, se risultasse dai libri che chi li tenne è debitore di certa somma verso alcuno, ma che già ne pagò una parte, il creditore non potrebbe tener buona la prima dichiarazione e rifiutar la seconda, per far condannare il debitore suo al pagamento dell'intiera somma. Se invece fosse detto in una parte del libro che egli è debitore verso dell'altro di certa somma per merci comperate, e creditore di altra somma per causa di mutuo, egli non potrebbe impedire che fosse accettata la prima dichiarazione e respinta la seconda, allorchè quest'ultima fosse chiarita falsa o insussistente (2).

47. Per disposizione dell'art. 49 tutti i libri dei commercianti, come si è rammentato, in qualunque modo tenuti, fanno fede contro di essi; ma si domanda se da ciò debba dedursi, essere questa una pruova talmente perfetta, da non ammetterne alcun' altra contraria.

Lo Stracca insegnerebbe che « Statutum si dicit libris mercatorum stari ad plenariam probationem, non admittitur probatio in contrarium » (3); ma l 'opposta tesi è sostenuta dall'Eineccio, il quale insegnò invece che neppure per quei libri « quas mercator integrae famae atque existimationis scripsit, praesumptio juris et de jure militet, omnesque reliquae praesumptiones probationem admittant contrarii », e che « dubitari non potest quin omnis illa fides decollet, simulac demonstrari possit, aliquid falsi esse admissum in ejusmodi codicibus, vel quae iis inscripta sunt, ita non gesta esse »: onde soggiunse che lo Stracca « nimium mercatoribus indulserit », citando autorità in contrario a questi di giudicati e scrittori tedeschi (4).

La sua opinione è adottata dal Klein (5), che il Massé a torto combatte (6).

(1) Disc. Gen., n. 150.
(2) Vidari, Corso di dir. comm., n. 245.
(3) Quom. in caus. mercat. proced. sit, n. 35.
(4) De libris mercat. foro cedent., § xxix.
(5) De probatione quae fit per libros mercatorum, § 17, pag. 73.
(6) Le dr. comm., etc., n. 2493.

Giustamente lo stesso KLEIN considera che come gli atti pubblici e la prova per testimoni non escludono la pruova contraria, così questa debba del pari essere ammessa contro i libri commerciali; e parmi che non possa col MASSÉ dirsi inesatta l'assimilazione fatta dallo scrittore tedesco, per il motivo, che i libri dei commercianti facciano pruova contro di essi per essere loro in tal caso riconosciuta dalla legge la forza di una confessione, che contro la confessione non vi abbia prova possibile, e che quegli che l'ha fatta possa bensì discuterne la portata, o sostenere che sia l'effetto dell'errore, del dolo o della violenza, ma non possa essere ammesso a pretendere, all'infuori di queste circostanze eccezionali, che la sua confessione non sia conforme a verità, perchè nessuno possa essere ammesso ad accusare sè medesimo di mendacio.

Difatti bastano le ammessioni del MASSÉ per far cadere la di lui critica al KLEIN ed a coloro che seguono la sua teoria. Quando egli ammette che può impugnarsi la confessione e possono fornirsi prove contro di essa, quando sia l'effetto di errore di fatto — e non poteva di certo negarlo in presenza della disposizione dell'art. 1356 del Codice Civile Francese, corrispondente all'art. 1360 dell'Italiano, la quale ciò consente — ammette pure necessariamente che per simili motivi possa impugnarsi anche il contenuto nei libri dei commercianti; e non si domanda di più nel sistema dell'EINECCIO e del KLEIN, imperciocchè la prova contraria alle scritturazioni dei libri si vuole ammessa nel senso di dare la dimostrazione, come dice l'EINECCIO, o che negli stessi libri siano state scritte cose contrarie al vero, o che le cose siano avvenute in modo diverso da quello in essi indicato, ed in altri simili casi; e tutto ciò rientra nel concetto dell'errore di fatto.

Si aggiunga, che se l'art. 50 dichiara che i libri dei commercianti fanno prova contro di essi, anche gli atti pubblici e le scritture private fanno prova contro le parti contraenti, e pur tuttavia nessuno contrasta l'ammessibilità di altre prove contrarie; che il carattere di equità del diritto commerciale ripugna al rigorismo soverchio per il quale avesse a permettersi che si sostituisse il falso al vero; e che d'ordinario verificandosi che le scritturazioni nei libri di commercio siano l'opera del commesso del com-

merciante, e che questi abbia solo il torto di non aver adoperato con la diligenza necessaria, tanto nella sua scelta quanto nella sorveglianza alle proprie cose, il commerciante stesso può impugnarle e dimostrarne l'errore o la falsità, senza accusare sè medesimo di mendacio.

E laddove per avventura ciò avesse a verificarsi, il giudice potrà nel prudente suo arbitrio intorno all'ammessione della prova, non consentirla; ma non si deve confondere la prudenza ed anche la severità del giudice nell'ammessione della prova, col rifiuto assoluto ed *a priori* della medesima, cadendo nel pericolo di vedere considerato siccome vero ciò che a tutta evidenza fosse falso.

48. Giova ricercare ancora quale fede meritino i libri del commerciante fallito nelle diverse contingenze che si possono presentare, cioè che i libri siano regolarmente, ovvero irregolarmente tenuti, e che s'invochino dal fallito a suo favore o da altri contro di lui, e s'invochino a favore della massa dei suoi creditori contro terzi, od a favore di terzi contro la massa; e non ostante l'osservazione del Massé (1), che cioè il potere discrezionale accordato dalle moderne leggi ai giudici allorquando si tratti di determinare la forza probante dei libri di commercio abbia risolta la quistione della fede che si meritino i libri dei commercianti falliti, giova fare questa ricerca per rammentare allo stesso potere discrezionale dei giudici talune norme attinte alla sapienza dei dottori.

I libri di commercio, anche regolari, non possono essere ammessi a far prova a favore di chi li ha tenuti, se si tratti di commerciante fallito dolosamente, perchè si è con ciò manifestato uomo indegno di fede, onde l'Einecio esclamava: « Quis credat scripturae hominis, quam vel scelerum maximorum sibi conscium fuga in nescio quam latebras et asyla abstulit, vel carcere digno, tanta turpitudine supplicio adficiendum adservat? qui honesto mercatorum collegio seipse exemit, et ita simul bonis, simul bonae fidei decoxit, ut furi aequiparandus videatur legislatoribus? » (2).

(1) Le dr. comm. etc., n. 2503.
(2) De libris mercat. foro cedentium, § xx.

Se invece si tratti di commerciante onesto e fallito per disavventure commerciali, i libri regolarmente tenuti potranno essere ammessi a far prova anche a di lui favore, perchè la sopravvenuta sventura non può far perdere ai suoi libri la forza probante che prima avevano.

E lo stesso scrittore insegnava: « Eos qui fortunae temporumque injuriis bonis lapsi sunt, melioris omnino conditionis esse oportere... Si antea vir honestus ac integrae fidei fuisse probetur, casum et fortunam adversam supervenientem non tollere fidem, quam ejus scriptura antea mereri visa sit... modo codex talis sit, qualem eum esse debere estendimus » (1).

Questa dottrina, come si vede, è fondata sulla considerazione delle qualità personali del fallito, non disgiunta da quella della regolarità della tenuta dei libri, ed in questo senso mi sembra dover intendersi ciò che scrive a questo proposito il Massé, cioè che i giudici prima di accordar fede ai libri di un fallito, devono esaminarli con saggia diffidenza e con scrupolosa attenzione, e che allorquando essi resistano ad un tale esame e si presentino regolari, debbano essere ammessi a fornire prova come quelli de' commercianti che godono della pienezza dei loro diritti (2), perchè non potrebbe darsi importanza alla sola regolarità di forma dei libri del fallito, la quale potrebbe essere soltanto artificiosa.

L'Ansaldo poi, citato non abbastanza esattamente dal Massé, dice sostanzialmete che nel prestar fede ai libri del fallito conviene andare assai cautamente: il passo della sua opera, citato dallo stesso Massé, si occupa della forza probante che possa attribuirsi ai libri di commercio nei luoghi in cui manchino disposizioni di Statuto in tale senso, o non vi provveda l'uso mercantile, e la quistione della stessa loro forza probante debba risolversi a' termini del diritto comune: egli scrive che la regola è che non provino a favore di chi li ebbe a tenere, nè fra terzi, e si richieggono amminicoli e circostanze che ne sorreggano le risultanze, e che è im-

(1) Eineccio, Op. cit., § xxi: Conf. Rota Gen., Decis. 10, n. 13.
(2) Le dr. comm. etc., n. 2503.

possibile determinare in che cosa consistono codesti amminicoli, « solumque praenotandum videtur, quod majora profecto adminicula desiderentur in persona magis vel minus suspecta, nam si agatur de mercatore postmodum decocto, urgentiora expostulantur » (1).

I libri irregolarmente tenuti non possono certo invocarsi dal commerciante fallito in proprio favore, per la regola dell'art. 48, che vale naturalmente anche per lo stesso commerciante fallito.

È egualmente certo che i libri del fallito, in qualunque modo tenuti, possono sempre invocarsi contro di lui per l'altra regola dell'art. 49, coll'avvertenza che dall'articolo medesimo risulta, di non potersi cioè scinderne il contenuto a vantaggio di chi ne voglia trar vantaggio.

A favore della massa dei creditori e contro terzi, i libri del fallito non potranno essere considerati degni di fede, se non nel caso in cui siano stati tenuti regolarmente e non concorrano circostanze che ne rendano fondatamente sospette le scritturazioni, imperciocchè la massa dei creditori di un fallito non è altro che un avente causa da costui, ed intanto può invocare a suo favore i di lui libri contro i terzi, in quanto avrebbe potuto farlo egli medesimo.

Per effetto dello stesso principio poi, i terzi potranno invocare a loro favore, e contro la massa, i libri del fallito, in qualunque modo siano stati tenuti, salvo però il caso in cui si possa provare la collusione del fallito e del terzo a danno della massa, perchè evidentemente questa non può essere la vittima dell'altrui dolo.

A modo di esempio, i soscrittori di effetti di favore, i quali ne abbiano pagato o ne debbano pagare l'ammontare ai terzi possessori, possono invocare i libri del fallito, in qualunque modo tenuti, per provare codesto carattere di favore degli effetti medesimi, e portarsi creditori del fallimento per tutte le somme pagate, ovvero ottener la restituzione degli effetti che si trovino tuttavia nel portafogli del fallito, siccome venne giudicato in una specie, in cui i libri non erano numerati nè parafrati, ma dalla cui verificazione

(1) Disc. Gen. de comm., n. 129 a 131.

venne a risultare che il fallito non aveva fornito alcun valore ai soscrittori degli effetti, e che per contro erano stati riconosciuti creditori dell'ammontare degli effetti da essi forniti: onde la Corte giudicante ritenne che si trattava di veri effetti di credito procurati dai soscrittori al fallito, della cui negoziazione quest'ultimo aveva profittato a discapito dei soscrittori stessi, che si vedevano nella necessità di pagarli; e ritenne ancora che gli altri creditori del fallito non avrebbero potuto escludere l'autorità dei libri, se non in quanto essi avessero stabilito che le enunciazioni ivi contenute fossero il risultato di un concerto fraudolento fra i detti soscrittori ed il fallito, ma i creditori si fossero invece limitati ad insinuazioni e ad allegazioni gratuite di frode, le quali rimanessero escluse dalla moralità e dal buon nome dei soscrittori degli effetti e dal tenore stesso dei libri del fallito, le cui enunciazioni vedevansi perfettamente corrispondere alle date degli effetti forniti: le quali circostanze, unite alle altre che risultavano dagli atti della causa, fornivano soddisfacente pruova della verità dei crediti proposti dai detti soscrittori (1).

49. Allorquando una delle parti contendenti offra di prestare fede ai libri dell'altra, e questa ricusi di produrli, sorge una veemente presunzione contro di essa, poichè è naturale che non vi si rifiuterebbe, laddove od i suoi libri appoggiassero il di lei sistema in causa, o le annotazioni ivi contenute lasciassero impregiudicata la quistione; ed il legislatore doveva elevare questa veemente presunzione al grado di semiprova, e considerare la domanda o la eccezione della parte che abbia fatta detta offerta non mancante totalmente di prova, per modo da autorizzare il giudice ad ammetterla al giuramento suppletivo, come ha fatto coll'art. 51, nell'ordine delle idee che informa anche l'art. 1375 del Codice Civile.

Può dubitarsi se codesta facoltà dell'art. 51 sia conceduta al giudice anche nel caso in cui la parte, ai cui libri l'altra offra di prestar fede, dimostri di non averli tenuti a termini di legge, e quegli che ha fatta la detta offerta vi abbia apposta la condizione invece

(1) C. di Rouen 23 maggio 1825, Gorrey c. Begouen e Foache.

che fossero tenuti in forma legale; e mi sembra che il dubbio debba risolversi negativamente, perchè in tal caso vien meno la presunzione di cui ho parlato, e che giustifica la disposizione dell'art. 51, e perchè per adoperare diversamente si dovrebbe supporre che il legislatore abbia voluto comminare una pena al commerciante che non abbia tenuto i libri, o li abbia tenuti senza le forme legali, il che non mi sembra che possa essere stato nei suoi intendimenti, anche perchè la legge contempla il *rifiuto* di presentare i libri, e non la *impossibilità* di presentarli, ed in siffatta impossibilità veramente si troverebbe il commerciante che non li avesse, o li avesse non in forma legale, quando si domandasse la presentazione di libri tenuti a rigor di legge.

E perciò dissento dal VIDARI, il quale esprime l'avviso che il giudice secondo la nostra legge (la quale oggi non è diversa da quella che era in vigore quando egli scriveva, poichè l'art. 51 dell'attuale Codice corrisponde al 27 del precedente) anche nel caso in cui la controparte provi di non aver tenuto i libri di commercio, o di non averli tenuti in forma di legge, quando sia stata posta tale condizione, abbia pur sempre il diritto di deferire il giuramento d'ufficio a chi domandò la presentazione (1).

È ben inteso poi che il giudice può anche in altre circostanze deferire il giuramento suppletivo, cioè ogni volta che si verifichino gli estremi dell'art. 1375 del Codice Civile, cioè o che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata, o che le medesime non siano mancanti totalmente di prova; ed è stato a tal proposito giudicato che della relativa facoltà dalla legge accordatagli ha potuto il giudice valersi, quando pure avesse ordinato ad uno dei commercianti, parti in causa, la esibizione dei suoi libri, e questi avesse dichiarato di non tenerli ed avesse presentato fogli inconchiudenti: e ciò perchè l'ordine anzidetto dato dal giudice nel conflitto delle prove per ricercare un ulteriore elemento alla sua convinzione, non lo lega al risultato di quell'esperimento; e se la esibizione dei libri non sia stata rifiutata ad arte per sot-

(1) Corso di dir. comm., n. 223.

trarsi ad una rivelazione dannosa e con dolo speciale che al giudice spetta di valutare, e vi abbiano d'altronde fondamenti bastanti per ritenere che la buona fede e la verità stiano a favore di quella piuttosto che della parte contraria, non è censurabile a rigor di di diritto e non è contro ragione che a quella, anzichè a questa, sia stato deferito il giuramento (1).

50. Si è veduto superiormente quali siano state le ragioni che hanno ispirata la disposizione dell'art. 52, con cui è dichiarato che spetta al giudice di attribuire ai libri ed alle attestazioni dei mediatori sulla conclusione e sulle condizioni dei contratti, quella forza probante che secondo le circostanze possono meritare.

Fra i vari sistemi che si hanno intorno al grado di prova da accordarsi ai libri ed alle attestazioni dei mediatori, il legislatore nostro non ha creduto di poter fare una scelta in pendenza del regolamento definitivo dell' istituto dei mediatori, riserbato ad una legge speciale, e si è affidato intanto al prudente criterio del giudice (2); e ciò a differenza del caso preveduto nel terzo capoverso dell'art. 44, nel quale alle note dei mediatori rilasciate a termini dell'art. 33, si attribuisce forza di piena prova, perchè queste, oltre ad essere la copia delle annotazioni esistenti nei libri dei mediatori, sono pur munite della sottoscrizione delle parti, ed hanno così i caratteri della scrittura privata, con la garanzia inoltre dell'intervento del mediatore.

51. L'ultimo dei mezzi di prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni, che trovasi specificamente enumerato nell'art. 44, è quello per testimoni, semprecchè, come ivi si legge, l'autorità giudiziaria creda di ammettere la prova testimoniale, anche nei casi preveduti dall'art. 1341 del Codice Civile; e sono correlative a tali disposizioni, quella dell'ultimo capoverso dello stesso art. 44, secondo il quale nella special materia delle compre e vendite dei beni immobili rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del Codice Civile, che stabilisce doversi le relative convenzioni fare

(1) Cassaz. Firenze 24 febbraio 1873, Tinelli c. Banchieri.

(2) Su questi articoli, I, n. 28.

per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, e quella ancora dell'art. 53 di questo Codice, giusta cui, quando questo Codice medesimo prescrive la prova per iscritto, non può ammettersi quella per testimoni, fuorchè nei casi in cui è permessa dal Codice Civile.

L'insieme di queste disposizioni ha avuto illustrazione e sviluppo nella corrispondente parte della Relazione Ministeriale al Senato del Regno surriportata, e la disposizione in ispecie dell'ultimo capoverso dell'art. 44 è stata pure chiarita nelle discussioni alla Camera dei Deputati (1).

Dopo di essersi tracciato il processo storico della prova testimoniale, e dopo di essersi espressa e giustificata la proposizione, che l'ammessione della prova testimoniale è la regola in materia commerciale, mentre è per l'opposto la eccezione in materia civile, si giustificarono e si illustrarono appunto le dette disposizioni degli art. 44 e 53 del Codice, spiegando che ad eliminare tutti i dubbi sollevatisi sotto la legislazione precedente si è voluto: che per regola generale le obbligazioni commerciali possano provarsi con testimoni in ogni caso, anche nei casi preveduti dall'art. 1341 del Codice Civile, ed anche contro od oltre il contenuto nei documenti scritti, alla sola condizione che l'autorità giudiziaria creda di ammettere la prova testimoniale; e ciò si è voluto, non solamente accogliendo in materia commerciale la deroga al principio che prevale in diritto civile, che cioè « contra scriptum testimonium non scriptum non fertur », ma affidandone la facoltà all'arbitrio prudente dell'autorità giudiziaria, contro l'avviso espresso in Parlamento da chiari giureconsulti (2), con essersi quivi dimostrato: che si poteva e si doveva affidare una tale facoltà ai magistrati, e che la consentita deroga al detto principio del diritto civile era conforme, oltrechè all'antica giurisprudenza, alle

(1) Su questi articoli, n. 37 e 51.

(2) Discorso dei Deputati Varè ed Indelli alla Camera dei Deputati, nelle tornate delli 21 e 25 gennaio 1882. — Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislat. XIV, pag. 8397 e 8469.

evidenti necessità del commercio, imperocchè non è senza imperiosi motivi che le proibizioni della legge civile in questa materia non hanno mai potuto imporsi al commercio, nel quale si reputò necessario non escludere alcun mezzo di conoscere la verità, e si credette minor male l'incorrere nel pericolo di frode in qualche caso speciale, che non in quello continuo e generale di creare inciampi agli affari con cautele spesso impraticabili nel succedersi incessante di una moltitudine di contratti, la cui rapidità non lascia tempo e comodo in moltissime circostanze a convenzioni scritte (1); che come eccezione specifica alla detta regola generale, non possano provarsi per testimoni le compere e le vendite dei beni immobili; e che come altra eccezione generica alla stessa regola, non possa ammettersi la prova testimoniale nei casi in cui questo Codice di Commercio prescrive la prova per iscritto, se non in quanto la stessa prova testimoniale sia permessa dal Codice Civile.

Sicome è stato detto nella surriportata Relazione Ministeriale al Senato, la regola e le sue limitazioni escludono ogni incertezza e rendono il sistema semplice e chiaro.

Non debbo ripetere qui le giustificazioni ivi autorevolmente date dell'una e delle altre, le quali saranno certamente di valido aiuto alla loro applicazione pratica, e concorreranno a risolvere i dubbi che questa potrà far sorgere; e basterà rammentare a complemento della materia, quali siano i casi in cui il presente Codice prescrive la prova per iscritto.

Essi sono:

1. Il contratto di società (art. 87);

2. Tutte le molteplici modificazioni delle società che sono contemplate negli art. 96 e 100; essendo però da avvertire che non potrebbe incontrarsi difficoltà all'ammessione della prova testimoniale per istabilire la esistenza di fatto della società, per l'effetto della responsabilità dei soci dirimpetto ai terzi giusta il secondo capoverso dell'art. 99; e ciò perchè questa stessa disposizione di-

(1) Discorso del Relatore Deputato Pasquali, e del Guardasigilli Zanardelli. Ivi, pag. 8549 e 8631.

mostra che la prova per iscritto è voluta nei rapporti soltanto dei soci fra di essi;

3. L'associazione mutua di assicurazione (art. 240);

4. La cambiale, la sua girata, la sua accettazione, l'avallo, il protesto ed il conto di ritorno (art. 251, 258, 262, 274, 305);

5. L'ordine in derrate e la girata, l'avallo ed il protesto (art. 333 combinato cogli art. 251, 262 e 274);

6. Gli assegni bancari o *checks*, ed anche la girata, l'avallo ed il protesto dei medesimi (art. 340 e gli articoli pure 251, 262 e 274);

7. Il contratto di assicurazione (art. 420);

8. Il contratto di pegno rispetto ai terzi, e se il valore del pegno eccede le lire cinquecento (art. 454);

9. I contratti per la costruzione delle navi, le modificazioni e le rivendicazioni di essi, le dichiarazioni e le cessioni di partecipazione alla proprietà di navi in costruzione (art. 481);

10. Le alienazioni e cessioni totali o parziali delle proprietà o del godimento delle navi (art. 483);

11. Il pegno sulla nave o su porzione di essa (art. 485);

12. Il contratto di noleggio (art. 547);

13. La polizza di carico (art. 555);

14. Il contratto di prestito a cambio marittimo (art. 590).

Il Codice Civile poi non ammette la prova per testimoni delle convenzioni il cui oggetto abbia valore eccedente le lire cinquecento, come non l'ammette del pari contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi, ancorchè si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento (art. 1341); salvo le eccezioni seguenti, cioè: quando vi sia un principio di prova per iscritto, il quale risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato (art. 1347); ed ogniqualvolta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui, ovvero il creditore abbia perduto il documento che gli serviva di

prova per iscritto, in conseguenza di un caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore (art. 1348 del Codice Civile).

Giova però avvertire che la disposizione proibitiva dell'art. 1341 non è applicabile alla parte, la quale avesse interesse a stabilire la esistenza di convenzione seguìta fra terzi od anche fra essa ed un terzo; e ciò avuto riguardo alla parola *convenzione* adoperata dal detto articolo, la quale significa *contratto*, ed alle altre disposizioni di legge succitate, ed in conformità anche a ragione, perchè nel primo caso non sarebbe da imputarsi ad essa di non aver provveduto ad accertare per mezzo della scrittura una convenzione alla quale non avrebbe preso parte, e perchè in amendue i casi l'oggetto della prova non sarebbe più la convenzione come convenzione, cioè come fonte di un rapporto giuridico fra autore e convenuto, ma come *res inter alios acta*, e come un fatto il quale se produce rapporti di diritti e di obbligazioni fra coloro che ne furono gli autori, quando invece sia dedotto in confronto di altri che alla obbligazione non prese parte, cessa di avere i caratteri e le conseguenze di un atto o di un fatto giuridico (1). Inoltre l' art. 1341 cessa pure di essere applicabile nella sua proibizione della prova testimoniale allorquando, trattandosi pure di rapporti fra le parti, non sia intervenuto propriamente il *consensus in idem placitum:* così una sentenza di Corte Suprema giudicò che fosse stato erroneamente applicato lo stesso articolo in caso nel quale un Tribunale aveva, in considerazione di esso, rigettato un capitolo di prova testimoniale diretto a stabilire l'ordine di certi lavori dati a taluno, con promessa di pagarglieli a giudizio di periti, avendo la Corte di Cassazione ritenuto che mancando nella deduzione cenno dell'accettazione, non si trattasse di vero e proprio contratto, ma si trattasse del *fatto* di avere il de-

(1) MATTIROLO, Elementi di Diritto Giudiziario Civile Italiano, vol. 2, n. 199 e 200; TOULLIER, Le dr. civ. franç., vol. v, n. 19 e seg., e BONNIER, Des preuves, n. 111, sebbene l'art. 1341 del Codice Francese adoperi la frase di *toutes choses*, ben diversa da quella di *convenzione* del nostro articolo. — Cassaz. Firenze 30 dicembre 1872, Ippoliti c. Procani, e 27 aprile 1874, Pitelli e Pagani c. Vannucci-Adimari; Cassaz. Torino 20 aprile 1880, Ferrando c. Parrocchia di S. Aurelio.

ducente eseguito i lavori di costruzione a vantaggio dell' altra parte, onde colla deduzione mettesse in essere il quasi-contratto della gestion di negozio, e facesse valere l'azione relativa spettantegli come costruttore, indipendentemente dall' azione contrattuale (1).

52. L'art. 44 dopo la enumerazione dei vari mezzi di prova delle obbligazioni commerciali e delle liberazioni, dichiara che esse si provano pure con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili.

Questi altri mezzi sono:

Le tacche o taglie di un contrassegno corrispondenti a quelle del contrassegno di riscontro, le quali fanno fede fra le persone che usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono al minuto (art. 1332 Codice Civile);

Gli atti di ricognizione o rinnovazione, i quali fanno fede contro il debitore, i suoi eredi ed aventi causa, se questi coll'esibizione del documento primitivo non dimostrano che vi è stato errore o eccesso nella ricognizione (art. 1340 stesso Codice);

Le presunzioni, cioè le conseguenze che la legge od il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (art. 1349 a 1354 pure del Codice Civile);

La confessione delle parti, che è giudiziale o stragiudiziale, e che in giudizio si provoca col mezzo degl'interrogatori (art. 1355 e seg. del Codice Civile e 216 e seg. del Codice di Procedura Civile);

Ed il giuramento che è decisorio, o deferito d'ufficio (art. 1362 e seg. del Codice Civile).

53. L'art. 54 contiene una importante innovazione alla legge precedente, prescrivendo che quando un atto è commerciale anche per una sola delle parti, tutti i contraenti siano per regola generale soggetti riguardo ad esso alla legge commerciale, eccezion fatta per le disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le contrarie disposizioni della legge.

Per tal modo basta che l'atto sia di commercio per una sola fra le due o più parti di un contratto, perchè di regola gene-

(1) Cassaz. Torino 27 novembre 1874, Regis c. Chionio.

rale abbiano ad applicarsi le leggi commerciali per risolvere le difficoltà ed i dubbi che nel merito del contratto medesimo possano sorgere; ed è correlativa alla disposizione del detto art. 54 quella dell'art. 870, che governa la competenza commerciale, colla disposizione secondo la quale nel caso medesimo preveduto dall'art. 54, cioè che l'atto sia commerciale per una sola delle parti, stabilisce che le azioni che ne derivano appartengono senza distinzione alla giurisdizione commerciale.

Perciò nell'applicazione della legge che governa il merito dei contratti, come nel regolamento della competenza, si considera come se l'atto od il contratto fosse commerciale per tutte le parti.

La Relazione Ministeriale al Senato del Regno sovra riportata (1) dà ampia ragione di questa innovazione, rammentando le disposizioni dei Codici precedenti ed i concetti dai quali erano mossi, accennandone i difetti, stati rilevati negli studi del Progetto del Codice novello, e svolgendo le critiche che le stesse disposizioni dei precedenti Codici meritavano scientificamente, non meno che nel campo sperimentale dei giudizi; come giustifica pienamente la innovazione medesima, dimostrando che essa non può avere conseguenze nè ingiuste, nè dannose, attese le eccezioni dalle quali la regola fu accompagnata; dappoichè senza più parlare dell'arresto personale, da vari anni cancellato dalla nostra legislazione per iniziativa dello stesso illustre Guardasigilli che dettò la dotta Relazione, le eccezioni medesime escludono l'applicazione ai non commercianti delle leggi eccezionali relative ai fallimenti, ed escludono pure la presunzione della solidarietà nelle obbligazioni degli stessi non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio, in relazione alla disposizione espressa dall'ultimo capoverso dell'art. 40 del Codice: e giustifica pure la detta innovazione, dimostrando che quanto alla giurisdizione commerciale ed ai mezzi di prova ammessi in materia di commercio, fosse cosa giusta farvi luogo, perchè all'una ed all'altra avessero diritto indistintamente tutti quelli che furono parte nel contratto.

(1) Su questi articoli, I, n. 38.

Dopo la Relazione Ministeriale al Senato venne pure quella della Commissione Senatoria a dare ulteriori autorevoli spiegazioni sull'art. 54, relativamente all'ultima sua parte, con la quale alla regola dell'essere tutti i contraenti soggetti alla legge commerciale, se l'atto è di commercio anche per un solo di essi, si fa succedere la eccezione per quello che riguarda le disposizioni relative alle persone e le disposizioni contrarie della legge.

Alla osservazione che nel seno della stessa Commissione Senatoria era stata fatta, sulla opportunità che si concretassero le disposizioni, alle quali non devono andar soggetti i contraenti per i quali l'atto non è commerciale, fu in detta Relazione risposto essere evidente che al contraente non commerciante non si potrà, per esempio, far rimprovero di non aver libri, nè sottoporlo a fallimento, e che esso potrà per contro profittare e veder profittare il suo avversario delle prove ammesse dalla legge commerciale, esser soggetto ed assoggettare l'avversario suo agl'interessi di mora commerciali, ecc. (1).

Nulla mi sembra che sia qui necessario di aggiungere.

54. E nulla del pari credo che sia da aggiungere qui alla illustrazione che la surriportata Relazione Ministeriale dà dell'articolo 55, relativo alla data degli atti e dei contratti commerciali in genere, dei mezzi di prova con cui può essere accertata rispetto ai terzi, e della presunzione *juris* di verità attribuita alla data delle cambiali e degli altri titoli all'ordine, ed a quella delle loro girate (2).

55. I titoli al portatore, la cui materia è disciplinata negli art. 56 e 57, non sono intestati al nome di alcuno, sono trasmessibili in proprietà per semplice tradizione manuale, e sono pagabili a chiunque si trovi possessore di essi alla scadenza (3), e per contro l'intestazione costituisce l'essenza del titolo nominativo, che tale deve riputarsi quando pure sotto certi aspetti ed in altri

(1) Su questi articoli, I, n. 51.

(2) Ivi, n. 39.

(3) Cassaz. Torino 5 marzo 1880, Giraud c. Banco Sconto e Sete.

rapporti, come la facilità della riscossione, il titolo funzioni come se fosse al portatore (1).

Sono o possono essere titoli al portatore i biglietti di banca, la cui emissione, quanto ai biglietti speciali ai sei Istituti di credito, detti appunto di emissione, cioè Banca Nazionale nel Regno d'Italia, Banco di Napoli, Banca Nazionale Toscana, Banca Romana, Banco di Sicilia e Banca Toscana di credito per le industrie ed il commercio d'Italia, è regolata dalle leggi e statuti che rispettivamente li riguardano, quanto ai biglietti consorziali lo è dalla Legge sulla circolazione cartacea durante il corso forzoso del 30 aprile 1874, n. 1920 (serie 2ª), e quanto agli stessi biglietti consorziali assunti a debito dello Stato ed ai biglietti di Stato, lo sarà nella prossima abolizione del corzo forzoso dalla Legge concernente l'abolizione medesima del 7 aprile 1881, n. 133 (serie 3ª) e dal Regolamento per la sua esecuzione del 16 giugno stesso anno, n. 253; le cartelle fondiarie emesse dagli Istituti di credito fondiario ai termini della Legge 14 giugno 1866, n. 2983; i buoni agrarii pagabili a vista, di cui nella Legge 21 giugno 1869, n. 5160; le cartelle del debito pubblico dello Stato, governate presso di noi dalla Legge organica del debito pubblico del 10 luglio 1861, n. 94, e dal Regolamento per la sua esecuzione delli 8 ottobre 1870, n. 5942; le obbligazioni dello Stato, regolate dalle leggi delle rispettive loro emissioni; le obbligazioni delle Provincie e dei Comuni, le azioni di società commerciali, le loro obbligazioni, gli assegni bancarii o *checks*, le fatture, le lettere di vettura, le polizze di carico, gli atti di prestito a cambio marittimo, ecc.: e tutti questi titoli sono o possono essere al portatore, o per la loro stessa natura, come i biglietti di banca, o per portare scritta la clausola *al portatore* (2), od anche quando non siano nè nominativi, nè all'ordine, nel qual caso non possono essere che al portatore (3).

(1) Cassaz. Firenze 3 agosto 1882, Cassa di Risparmio di Venezia c. Besazza.

(2) Presso di noi non è ammessa la cambiale al portatore, del quale argomento si tratterà a proposito della cambiale appunto.

(3) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1740 e scrittori ivi citati.

Altre volte si enumeravano fra i titoli che potevano essere al portatore anche i buoni del tesoro, perchè il R. Decreto 9 giugno 1861 lo consentiva; ed ora non più, perchè per gli art. 56 della Legge 22 aprile 1869, n. 5026, sulla Contabilità dello Stato e 553 del Regolamento 4 settembre 1870, n. 5852, sono ammessi soltanto buoni all'ordine.

Attesa la frequenza dell'uso nelle principali piazze d'Italia delle *fedi di credito del Banco di Napoli*, non è inutile qui notare che mentre una sentenza di Corte d'Appello le aveva considerate siccome titoli aventi la natura e l'efficacia di titoli al portatore, sotto l'apparenza di nominativi, la competente Corte suprema cui quella sentenza fu denunciata, rivendicò ad esse la qualità, che certamente hanno, di veri titoli nominativi (1).

E del pari giova rammentare essere stato deciso che i libretti delle Casse di risparmio, sebbene portino la clausola che la Cassa considera in massima il portatore come legittimo possessore del libretto, con facoltà di esigere il capitale e gli interessi, non è un vero titolo al portatore (2).

Quanto alla loro natura giuridica, i titoli al portatore possono considerarsi, giusta quanto fu riportato superiormente (3), contratti formali, la cui efficacia non è subordinata alla causa della obbligazione (4), e nei quali si hanno tuttavia due elementi organicamente congiunti, sebbene l'un dall'altro distinti, cioè il ti-

(1) Cassaz. Firenze 29 novembre 1880, Società delle Ferrovie Meridionali c. Banco di Napoli.

(2) App. Venezia 8 gennaio 1879, Cassa di Risparmio di Venezia c. Bonanome, e nota nella Giurisprudenza Italiana, XXXII, 1, 2, 100.

(3) Su questi articoli, I, n. 41.

(4) Il GALLUPPI (Dei titoli al portatore, n. 78) ben scrive che: « Per diritto moderno formali diconsi quei contratti in cui le parti scientemente ed a bella posta isolano la promessa obbligatoria dalla sua causa, per creare un diritto di credito astratto. La caratteristica distintiva del contratto formale consiste perciò nell'astrazione dalla causa che vi ha data origine, fatta espressamente per volontà delle parti ». V. anche Sent. Cassaz. Firenze 10 dicembre 1877, Strade Ferrate Romane c. D'Alberti, la nota dello stesso GALLUPPI nella Legge, 1878, 1, pag. 102, ed un articolo del VIDARI nel Giornale delle Leggi, 1878, pag. 109.

tolo materiale o lo scritto, che è una cosa mobile, suscettiva di possesso, di tradizione e di altri diritti reali, e l'obbligazione contratta da colui che li ha creati verso la persona che ne sarà nel legittimo possesso il giorno in cui se ne potrà chiedere il pagamento (1).

56. Da questi due elementi che concorrono a costituire il titolo al portatore, deriva la doppia conseguenza, che il debitore non è obbligato a pagare se non contro la consegna dello stesso titolo, perchè quando esso fosse poi passato ad un terzo, questi avrebbe diritto ancora al suo pagamento; e che il debitore stesso è obbligato a pagare ed è liberato allorquando paga al portatore, chiunque esso sia, giusta quello che l'Ansaldo attesta che era ritenuto come certo fin dai suoi tempi: « quando mandatum de solvendo libere fit, alio nomine non expresso, exhibitori vel portatori chirographi et quem in curia nuncupamus *Pagarò a chi portarà il presente*, et tunc nemo dubitat solventem portatori liberari (2) ». Ed è stato giustamente osservato che sarebbe grave errore pigliare le disposizioni della legge civile che stabiliscono non essere valido il pagamento fatto al creditore, se questi era incapace di riceverlo (art. 1243 e 1307 del Codice Civile), ed applicarle ai titoli al portatore (3). Onde non mi parrebbe da seguire l'opinione del Galluppi, il quale farebbe una distinzione, e nel caso di conoscenza della incapacità del portatore reputerebbe il pagamento non regolare (4); e ciò anche perchè da un lato dovrebbe presumersi che il minore, l'interdetto od il fallito, colla consegna del titolo loro fatta dai legittimi loro rappresentanti, ne abbiano avuta quell'autorizzazione che il Galluppi vorrebbe espressa.

(1) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1657, 1678, 1679, 1748 e seg.; e ved. pure lo Studio del Majerini nel vol. 15 dell'Archivio Giuridico, Dei titoli al portatore, distrutti o perduti, considerati nei rapporti fra il creditore e l'emittente, 1, pag. 332 e seg., non che il § 2 e l'Appendice della succitata opera, Dei titoli al portatore del Galluppi.

(2) Ansaldo, Disc. 24, n. 15.

(3) Vidari, Corso di dir. comm., n. 1769.

(4) Dei titoli al portatore, n. 221.

57. Inoltre, per effetto della natura giuridica di contratto formale del titolo al portatore, e per gli uffici che compie, non possono rispetto ad esso opporsi altre eccezioni che quelle derivanti dalla condizione estrinseca del titolo stesso (1).

58. Del pari non potrebbe farsi il pagamento del debito nascente dal titolo al portatore con quello dei modi pur riconosciuti dal Codice Civile, il quale consiste nella compensazione con altro credito, che verso il possessore avesse l'emittente (art. 1285 e seg. del Codice Civile), come pure qualche scrittore ammetterebbe (2), ma deve sempre farsi in danaro, giusta l'opinione prevalente (3).

Ciò deriva giuridicamente dalla sua natura di contratto formale e da uno dei suoi caratteri dianzi notati, di prendere cioè efficacia giuridica dallo scritto in cui consiste, onde ciò che esiste all'infuori deve rispetto ad esso considerarsi come non esistente; e dal punto di vista della convenienza ed utilità pratica, ciò è confermato da che uno dei maggiori pregi che i titoli al portatore offrono ed uno dei maggiori servigi che rendono in commercio ed in ogni transazione sociale, è quello di poter essere immediatamente e senza contrasti realizzati, e questo pregio svanirebbe, nè più il titolo all'ordine renderebbe tale servigio, quando potesse estinguersi altrimenti che con proprio ed effettivo pagamento nel significato ristretto della parola.

Questo è stato pur riconosciuto e consacrato da una nuova legislazione coeva alla Italiana, cioè dal *Codice Federale Svizzero delle obbligazioni*, nel cui art. 847 è stabilito che « il debitore non può opporre al credito fondato sopra un titolo al portatore se non quelle eccezioni che sono dirette contro la validità del titolo e desunte dal titolo stesso »; il che è tanto più significativo, in quanto è mutazione precisa a quella che si era voluto stabilire nell'art. 232 del *Progetto del Codice di Commercio Svizzero*.

(1) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1737 e 1773.

(2) KUNTZE, Inhaberpapiere, § 138.

(3) VIDARI, Corso di dir. comm., n. 1773; GALLUPPI, Dei titoli al portatore, n. 223; BLUNTSCHLI, Deutscher Privatrecht, 2, § 117, ed altri scrittori tedeschi da essi citati.

Esso era così concepito: « Le débiteur d'un titre au porteur est tenu d'exécuter l'obligation énoncée dans ce titre, sans pouvoir opposer d'exceptions résultant de ses rapports *avec des possesseurs antérieurs du titre* »; e l'illustre suo autore aveva spiegato che il Progetto « n'exclut point les exceptions que le souscripteur peut avoir à opposer directement au créancier, et en particulier l'exception de compensation. La Commission (cioè la Commissione federale che prese le deliberazioni di massima, sulle quali il MUNZINGER ha redatto il Progetto) a pensé qu'il ne serait pas juste de contraindre le souscripteur d'un titre au porteur à en effectuer le payement au possesseur contre lequel il a lui même une créance. Sans doute cette conception du Projet cadre très-peu avec la nature et l'essence d'un billet de banque, qui n'est separé que par un seul degré du papier-monnaie. Mais on a repondu à cette objection que, malgré la disposition de notre art. 232, il n'arrivera jamais à une banque d'opposer la compensation à un porteur de ses billets (1) ».

Se è lecito leggere in mezzo alle righe, la deliberazione della Commissione non aveva per avventura persuaso il chiaro professore; ma in ogni modo l'essere stata in definitiva ripudiata dal legislatore Svizzero e le concessioni che chi la difendeva trovavasi costretto a fare al sistema opposto, devono valere a persuaderci di non accoglierlo presso di noi, dove il legislatore ha lasciato la risoluzione del dubbio alla dottrina ed alla giurisprudenza.

59. Per l'influenza poi del secondo degli elementi che concorrono a costituire i titoli al portatore (n. 55 in fine), cioè della obbligazione di pagamento contratta da colui che ha creato il titolo al portatore, non poteva farsi della incolumità e della esistenza stessa del titolo una condizione talmente assoluta da non doversi ammettere chi sia possessore di un titolo al portatore logoro o guasto, o quegli che lo sia stato di un titolo distrutto, a domandare a chi l'ha creato un altro titolo duplicato od equivalente; ed è ciò che in massima consente l'art. 56.

(1) MUNZINGER, Motifs du Projet de Code de Commerce Suisse. Traduction de DU FRAISSE, pag. 219.

Nel quale poi per evitare l'ingiusto danno di quegli che ha creato il titolo al portatore, e per non esporlo a dare lo stesso titolo duplicato od equivalente, od a chi veramente non lo possieda, o quando la distruzione non sia propriamente accaduta, la legge prende opportune misure, e richiede che il titolo al portatore reso logoro e guasto sia tuttora riconoscibile per contrassegni certi, e che quando si allega la distruzione del titolo, questa sia provata giudizialmente ed in contradditorio di chi l'ha creato, ed inoltre la consegna del duplicato o del titolo equivalente sia ordinata dall'autorità giudiziaria, con le cautele che reputi opportune.

Come si vede, fra l'un caso e l'altro vi ha trattamento diverso, e difficoltà maggiore nel secondo; nel primo caso è un diritto preciso ed assoluto che è attribuito al possessore del titolo reso logoro e guasto, ed a nessun'altra condizione è sottoposto, oltre quella di essere esso titolo riconoscibile per contrassegni certi; e nel secondo caso, cioè in quello della distruzione del titolo, anche dopo provata la distruzione medesima è lasciato al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria di ordinare, ovvero no, la consegna del titolo duplicato od equivalente, e di ordinare in caso affermativo opportune cautele.

E si comprende che così siasi disposto, imperciocchè allorquando il titolo, reso logoro e guasto, sia stato per contrassegni certi riconosciuto, quegli che lo ha creato può senza pericolo dargliene un duplicato, purchè naturalmente abbia cura di ritirare e distruggere lo stesso titolo logoro e guasto; mentre per contro la distruzione che si dica avvenuta e che risulti pure provata, può nel fatto non essere vera, perchè nessuna prova è assolutamente sicura, e non vi è diligenza che valga ad escludere ogni possibilità di errore; e doveva perciò lasciarsi al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria, sia la facoltà di ordinare, ovvero no, la consegna del titolo duplicato, sia quella di circondarla di opportune cautele.

60. Cosa deve dirsi del caso di distruzione parziale del titolo al portatore?

Mi sembra che convenga fare una distinzione fra il caso in cui la distruzione parziale sia tale da lasciare ancora riconoscere il titolo per contrassegni certi, e quello in cui tale essa non sia.

Nel primo caso la cosa rientra nella condizione preveduta nella prima parte dell'art. 56, perchè una tale parziale distruzione sarebbe più propriamente una maniera di guasto, e mi sembrerebbe quindi doversi attribuire al possessore del titolo parzialmente distrutto il diritto ad avere il titolo duplicato od equivalente. Spetterà all'autorità giudiziaria, facendosi, ove d'uopo, aiutare da periti, di decidere secondo la specialità dei fatti se tale sia la distruzione parziale; e senza cercare di stabilir regole, che sarebbero malagevoli e pericolose, mi sembra poter dire che l'autorità giudiziaria non potrebbe considerare quale semplice guasto nel senso della prima parte dell'art. 56 la distruzione che avesse lasciata salva una minor parte soltanto del titolo, perchè la presentazione di questa parte minore lascerebbe sussistere non difficilmente il pericolo che altra volta si presentasse la parte maggiore, quando le due parti fossero state artificiosamente separate, per modo di esempio con un abbrucciamento appunto artificioso ad una delle estremità, il quale pericolo rimarrebbe eliminato se si richiedesse la presentazione della parte maggiore del titolo, per ammettere il diritto al duplicato.

Nel caso poi in cui la distruzione parziale sia tale da non lasciar più riconoscere il titolo, è manifesto che essa deve equipararsi nei suoi effetti alla distruzione totale, come nella sostanza tale essa sarà, quando sia così avanzata da non lasciar più per contrassegni certi riconoscere il titolo (1).

61. Se gli statuti delle società od istituti contengano norme per appurare la realtà dei loro titoli al portatore resi logori o guasti, dei quali si faccia domanda di duplicati o di titoli equivalenti, e per la loro emissione, si dovrà stare alle norme medesime, perchè esse costituirebbero la legge delle parti per convenzione: laddove invece tali norme facciano difetto, l'autorità giudiziaria davanti la quale fosse portata la controversia, dovrebbe ordinare perizia per appurare la riconoscibilità del titolo reso logoro o guasto.

(1) Possono consultarsi sulla materia, VIDARI, Corso di dir. comm. n. 1761, e GALLUPPI, Dei tit. al port., n. 235.

Qualora l'esito della perizia portasse alla dimostrazione della falsità totale del titolo, o della sua falsificazione nella somma o nella quantità, od altrimenti, quegli che lo ha creato non avrà naturalmente più per regola generale obbligo di darne il duplicato quando si tratti di falsità totale, e non avrà altro obbligo che quello di darne il duplicato nei limiti della somma o della quantità vera nei casi di falsificazione parziale; ma qui sorge il dubbio, se alla regola generale debba farsi eccezione nel caso in cui la falsificazione sia stata operata così abilmente da poter ingannare anche il diligente padre di famiglia.

In tal caso si trovano in conflitto due ordini di considerazioni: dall'un lato può invocarsi contro il possessore il principio che quegli che è vittima di un reato, qual'è la falsificazione di un titolo al portatore, deve subirne le conseguenze dannose, salva naturalmente la ragione d'indennità contro gli autori od i complici del reato; e d'altro lato può pure invocarsi contro quegli che ha emesso il titolo al portatore l'altro principio, secondo il quale ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza (art. 1152 del Codice Civile), e dirsi in conseguenza che allorquando l'emittente del titolo al portatore non abbia usato nella sua emissione prudenza e diligenza bastante ad eliminare per quanto è possibile la falsificazione, debba essere responsabile delle conseguenze dannose. In siffatto conflitto mi sembra che la risoluzione del dubbio debba farsi dipendere dalle circostanze; e se veramente risulti che colui che ha creato il titolo al portatore non ha usato prudenza e diligenza bastevoli ad eliminarne nei limiti del possibile la falsificazione, ed ha invece adoperato in modo da rendere agevole la falsificazione, e se per modo di esempio nei progressi fatti dalla chimica e dalla fisica, i quali sono pur troppo abusati dai falsificatori per la criminosa loro industria, non solo non abbia avuto cura di profittare degl'insegnamenti che possano ricavarsene in senso contrario, ma inoltre abbia adoperato in modo, come dissi, da aprire facilmente l'adito alla falsificazione, l'emittente del titolo all'ordine potrebbe essere tenuto re-

sponsabile delle conseguenze della falsificazione verso il possessore del titolo falsificato, la cui buona fede fosse stabilita: l'equità mi sembra raccomandare questa soluzione, la quale troverebbe suo principale fondamento nel principio di diritto dianzi rammentato.

Questa soluzione della difficoltà che propongo mi sembra giusta e conforme così all'equità, come ai principii di diritto: mentre invece non mi sembrerebbe da seguire l'opinione più favorevole ai possessori di titoli al portatore, emessa dalla Camera di Commercio di Parma nelle osservazioni al Progetto del Codice, che cioè l'emittente dovesse dare un duplicato del titolo al portatore, quando la falsità non potesse essere conosciuta che col mezzo di perito, ed il possessore fosse in buona fede (1); e ciò perchè se potrebbe invocarsi all'appoggio di questa soluzione un'apparente ragione di equità, non saprebbe essere appoggiata ad alcun principio di diritto, e nulla giustificherebbe che il danno si facesse ricadere su altri che sulla vittima immediata del reato.

È opportuno però avvertire a questo riguardo che il già citato Regolamento 16 giugno 1881 per l'esecuzione della legge per l'abolizione del corso forzoso, provvedendo negli art. 54 e seguenti al caso dei biglietti di Stato o consorziali passati a debito diretto dello Stato che siano falsi, falsificati, o sospetti di falsità o di falsificazione, stabilisce in sostanza che non si danno biglietti nuovi in loro sostituzione, se non allorquando la Commissione tecnica presso la Direzione Generale del Tesoro li abbia riconosciuti non falsi nè falsificati.

Ed in presenza di queste disposizioni legislative, e tali esse sono sebbene si tratti di semplice Regolamento, perchè alla sua formazione il potere esecutivo è stato autorizzato coll'art. 26 della Legge del 7 aprile 1881, non mi sembrerebbe possibile applicare la teoria suaccennata; nè diversamente dovrebbe dirsi ogni volta che si avessero in simile senso disposizioni legislative o contrattuali, poichè fra le parti o loro aventi causa i contratti formano legge.

Giova avvertire, sebbene si dilunghi alcun poco dall'argomento

(1) Osservazioni e pareri della Magistratura, ecc., pag. 67.

di cui si tratta, che una tale quistione può presentarsi anche in casi diversi da quello propriamente della domanda di duplicati di titoli al portatore resi logori o guasti, e per esempio nel cambio di simili titoli quando siano esaurite le cedole degli interessi e dei dividendi, come accade precisamente per le cartelle del debito pubblico dello Stato al portatore, delle quali si fa il cambio ogni dieci anni per tal motivo; e mi sembra che si debba la quistione stessa risolvere anche in tali casi nella medesima maniera, quando pure nelle leggi o negli Statuti speciali fosse dichiarato, come è dichiarato appunto per le cartelle al portatore del debito pubblico dello Stato nell'art. 11 della legge del 10 luglio 1861, che tali titoli siano a rischio e pericolo dei portatori.

Difatti il conflitto dei due principii di diritto surricordati si verifica egualmente; ed a quest'ultima clausola non mi sembra che si possa giustamente ed equamente dare tale forza da prosciogliere colui che ha emesso il titolo al portatore dalla responsabilità del danno derivato da negligenza o da imprudenza gravi.

A tale proposito venne giudicato, che essendo stata sequestrata come falsificata una cartella del debito pubblico al portatore presso chi l'ebbe in pagamento di un credito (e non sarebbe diverso il caso del sequestro presso il compratore) debba ritenersi verificata la evizione preveduta dall'art. 1482 del Codice Civile, che concede l'azione in garanzia contro il venditore senza necessità di discutere e stabilire in confronto del medesimo la falsificazione: si è ritenuto che il sequestro ad istanza delle amministrazioni del demanio e del debito pubblico avesse privato irrevocabilmente della cartella il possessore, senza speranza di riaverla (1); ma può dubitarsi del buon fondamento di simile massima in tesi generale, perchè la evizione di cui nell'articolo succitato si riferisce piuttosto alla perdita definitiva della proprietà, che alla sospensione della libera disponibilità derivante dal semplice sequestro, che è di sua natura provvisorio.

62. Nel caso in cui si reclami il titolo al portatore duplicato per

(1) App. Torino 24 febb. 1882, Demarchi c. Dellavecchia e Amm. del Debito Pubblico.

avvenuta distruzione, il compito dell'autorità giudiziaria nell'esercizio dell'anzidetto prudente arbitrio è assai delicato, dappoichè se per caso o per malizia si fossero create tali apparenze da far credere verificata una distruzione che non fosse avvenuta, il titolo al portatore si vedrebbe ricomparire in un termine più o meno lungo, e chi lo ha creato ed avesse poi emesso un duplicato od un altro titolo equivalente, sarebbe esposto al relativo danno, che potrebbe essere anche gravissimo, perchè l'un titolo e l'altro sarebbe valido, e l'uno e l'altro attribuirebbe al suo portatore tutti i diritti ad esso inerenti.

Conseguentemente se la stessa autorità giudiziaria non dovrà mostrarsi troppo restia nel valersi della facoltà che la legge le affida, di ordinare che al possessore del titolo al portatore distrutto sia consegnato il duplicato od il titolo equivalente, allorquando si abbia una prova plausibile della avvenuta distruzione, non sarà mai troppo prudente nell'ordinare benanche le cautele opportune a tutela di chi ha creato il titolo che risulterebbe distrutto, anche perchè val meglio tenere impedito per un tempo maggiore o minore la proprietà di chi ottiene il titolo duplicato, e che non sempre va immune da qualche colpa o da imprudenza, anzichè esporre al pericolo di danno irreparabile quegli che lo ha emesso.

63. La natura poi, la misura e la durata delle cautele, devono essere adattate e proporzionate al pericolo a cui questi può andare incontro, emettendo il duplicato o il titolo equivalente.

Quanto alla natura della cautela, può prendersi norma dalle disposizioni degli art. 1921, 1904 e 1922 del Codice Civile, secondo le quali, qualora una persona venga obbligata dalla legge o dal giudice a dare una sicurtà, il fideiussore offerto deve essere capace di contrattare, possedere beni sufficienti per cautelare l'obbligazione, ed avere il domicilio nella giurisdizione della Corte di Appello in cui si deve prestare la sicurtà; ed è in facoltà di colui che deve dare la sicurtà, di dare invece un pegno od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente allo scopo dell'assicurazione.

E quanto alla misura della stessa cautela, essa dovrà essere corrispondente al pericolo contro il quale si tratta di assicurare quegli che emette il duplicato od il titolo equivalente, e così corrispon-

dente a ciò che il terzo portatore di buona fede del titolo che per avventura non fosse distrutto, potrebbe da lui pretendere colla sua esibizione: la qual cosa dovrà in ciascun caso particolare determinarsi secondo le circostanze.

Ed anche la durata della cautela dovrà, come la sua misura, essere eguale al detto pericolo, cioè durare per tutto il tempo per il quale il pericolo medesimo può verificarsi: nel che per regola generale, e salve quelle speciali che per avventura si avessero nei singoli casi, dovrà prendersi norma, per l'importo capitale, dalle disposizioni che questo Codice ha stabilite negli art. 917 e seguenti in fatto di prescrizioni in materia commerciale, in quanto naturalmente siano applicabili ai titoli al portatore, e per gl' interessi ed i dividendi, ai quali dette disposizioni non provvedono, dall'ultimo capoverso dell'art. 2144 del Codice Civile, che porta la prescrizione di cinque anni per gl'interessi delle somme dovute, e generalmente per tutto ciò che è pagabile ad anno od o termini periodici più brevi. Per modo di esempio, trattandosi della distruzione di una obbligazione al portatore fruttante interessi semestrali, la cautela dovrebbe avere la durata di dieci anni per la somma capitale, in considerazione della disposizione del succitato art. 917 di questo Codice, e la durata di cinque anni per l'ammontare degl' interessi, in considerazione di quella del pur succitato art. 2144 del Codice Civile.

64. Si è dubitato se il rilascio dei duplicati ammesso a favore di chi abbia il titolo logoro o guasto e di quegli che ne abbia patita la distruzione, fosse da accordarsi pure a chi li avesse smarriti, o ne avesse patito il furto: negli studi preparatori del Codice si è risoluto di non farlo, ond'è che l'art. 56 non fa parola dei casi appunto di smarrimento o furto; e se ne possono vedere i motivi, insieme con le ragioni di dubitare, nei verbali della Commissione del 1869, n. 97, che non ho riportati superiormente perchè non hanno che una importanza negativa, e nella surriportata Relazione Ministeriale al Senato, come vi si possono pur vedere sviluppi teorici della materia e le norme seguite in altri paesi (1).

(1) Su questi articoli, I, n. 43 e 44.

Qui aggiungo che la soluzione adottata dal legislatore aveva per sè anche decisioni di Corti supreme: l'una aveva giudicato che il rilascio del duplicato dei titoli al portatore poteva ordinarsi sol quando constasse che il titolo fosse stato distrutto senza colpa dal possessore, e non nei casi di smarrimento e di furto, quando cioè il titolo può essere ancora esistente (1), il che, come si vede, oramai è disposizione di legge, salvo il non essersi adottata la limitazione del *difetto di colpa* nella distruzione da parte del possessore; la quale in verità non sarebbe nè giusta, nè opportuna, perchè la colpa della distruzione, come sarebbe l'imprudenza o la poca cura nella custodia, non può far venir meno la ragione ad avere il duplicato, e trova sufficiente punizione nell'obbligo di sopportare le spese, e perchè si aprirebbe il varco a gravi contestazioni sulla esistenza, o no, della colpa: l'altra sentenza applicando i principii di diritto ed argomentando dalle disposizioni superiormente rammentate della legge sul debito pubblico, aveva giudicato che al possessore di obbligazioni di una società ferroviaria, al quale erano stati sottratti i titoli, non competeva diritto di averne il duplicato dalla società debitrice (2); ed aggiungo pure che la soluzione data dal legislatore viene opportunamente ad eliminare le divergenze che nella dottrina e nelle decisioni dei magistrati pur tuttavia erano sorte nella materia, come può vedersi nelle sentenze a cui ha dato luogo l'asserito smarrimento di un certificato al portatore di una obbligazione del prestito a premi della città di Genova, a cui era toccato in sorte un premio cospicuo (3).

Devo però avvertire che per una specie di titoli al portatore vi ha impegno del legislatore, e riserva presa alla Camera dei

(1) Cassaz. Firenze 28 dicembre 1877, Banca Veneta c. Terni.

(2) Cassaz. Napoli 20 maggio 1875, Ferrovie Meridionali c. Cajanello Del Pozzo.

(3) App. Genova 23 febbraio 1875, Turri c. Cassa di Sconto di Genova; Cassaz. Torino 28 gennaio 1882 stessa causa. V. pure la nota alla sentenza succitata della Corte di Cassazione Fiorentina nella Giurisprudenza Italiana, XXX, 1, 220 e seg.

Deputati nell'occasione della discussione del presente Codice, di provvedere per la denunzia di smarrimento. L'art. 24 del R. Decreto 23 aprile 1881, n. 168 (serie 3ª), emanato in esecuzione dell'art. 21 della legge 7 stesso mese, numero 133 (serie 3ª) concernente l'abolizione del corso forzoso, porta quanto segue: « Con altro Regio Decreto saranno stabilite le norme da osservarsi per la denunzia di smarrimento dei titoli rappresentativi dei depositi bancari di che nella citata Legge 7 aprile 1881, e per la procedura di annullamento dei titoli medesimi ». Quei titoli sembrano essere gli assegni bancari, i buoni fruttiferi a scadenza fissa, i libretti di conto corrente e di risparmio, di cui è parola nell'art. 20 della stessa legge, quando siano emessi e fatti al portatore. E nella tornata del 27 gennaio 1882 della Camera dei Deputati, il Relatore deputato PASQUALI dichiarò « che essendovi una promessa formale (promessa fatta col Decreto Reale del 23 aprile 1881 in dipendenza della legge abolitiva del corso forzoso) di stabilire con altro successivo Regio Decreto le norme da osservarsi per la denunzia di smarrimento dei titoli rappresentativi dei depositi bancari e per la procedura di annullamento dei titoli medesimi, l'impegno del Governo rimane invulnerato. Anche accettato in questa parte il Progetto di Codice (art. 556 e 557), nulla impedisce che successivamente questa promessa si mantenga, e che si trovi il modo di provvedere alla surrogazione dei titoli smarriti (1) ».

Ciò significa che a modo di eccezione alla regola generale suindicata, potrà farsi luogo a surrogazione o duplicato dell'anzidetta special categoria di titoli al portatore, quando sarà emanato il Decreto di cui si è fatto riserva; ma sarà una eccezione, la quale dovrà essere contenuta strettamente nei suoi confini, valendo per gli altri la regola generale suindicata.

65. L'ultimo capoverso dell'art. 56 stabilisce che rispetto ai titoli del debito pubblico, ai biglietti di banca e ad altri titoli equivalenti, si osservano le leggi speciali.

(1) Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XIV, pag. 8550.

Per quanto primamente riflette i titoli del debito pubblico, le leggi speciali consistono, come già ho avuto occasione di rammentare, nella Legge organica sul debito pubblico dello Stato del 10 luglio 1861 e nel Regolamento dell'8 ottobre 1870, e sono da citarsi a tal riguardo gli art. 11, 29, 35 e 36 della prima, che portano le disposizioni, che le cartelle (le quali giusta il precedente art. 10 sono titoli al portatore) rimangono a rischio e pericolo dei portatori, che le iscrizioni non possono sottoporsi a vincolo, che in nessun caso è ammesso sequestro, impedimento od opposizione di sorta alcuna sulle iscrizioni di rendita al portatore, e che il pagamento delle rate delle iscrizioni al portatore si fa verso consegna delle cedole.

Dalle quali disposizioni risulta certamente che in caso di distruzione delle cartelle del debito pubblico al portatore, e naturalmente anche delle loro cedole semestrali d'interesse, quando ne avvenga la distruzione separatamente dalle cartelle, non si può domandare all'Amministrazione del Debito Pubblico titolo duplicato; e ben disse una sentenza di Corte Suprema, dopo di aver rammentate le dette disposizioni, di averne fatto giusto apprezzamento, salvo una esagerazione che le è sfuggita (1), e di avere istituito acconcio confronto colle regole diverse che governano le iscrizioni nominative, che le due parole *rischio* e *pericolo* dell'art. 11 filologicamente e giuridicamente abbracciano tutti i possibili eventi dannosi. La dispersione adunque, il furto o altra sottrazione illegittima, il bruciamento od altra qualsivoglia maniera di distruzione delle cartelle, e generalmente tutti i casi fortuiti o di forza maggiore, sono a danno dei portatori, senza possibilità di ricorso o azione contro la pubblica amministrazione. Con la qual regola il legislatore as-

(1) Essa consiste nell'affermazione che « di codeste rendite la legge riconosce proprietario il possessore della cartella, chiunque egli sia, fosse pure il ladro »; ma ciò non può essere se non nel caso in cui il ladro non sia conosciuto: contro il ladro e benanche contro coloro che abbiano ricevuta la cartella da lui, o da chi per lui, conoscendo siffatto vizio radicale del possesso, è ammessa la rivendicazione giusta l'art. 57 del nostro Codice, ed implicitamente era ammesso anche prima dall'art. 708 del Codice Civile.

sicurava dall'un dei lati la libera circolazione delle cartelle e soddisfaceva dall'altro ad un immenso ed onestissimo interesse della pubblica amministrazione, quello di premunirsi contro accidenti e fraudi infinite, e contro molestie e jatture incalcolabili, non escluse quelle che sarebbero sorte dall'alea dei giudizi e dai possibili errori della cosa giudicata, non sempre nè certamente verità, ma mera presunzione di verità, che non avrebbe reso impossibile la riapparizione di cartelle e di cedole credute perdute, e che pure si sarebbero dovute soddisfare a chiunque nel lungo corso di trenta anni le avesse presentate (1).

Bene del pari per quanto riguarda le cartelle al portatore del debito pubblico scrive il VIDARI, che ritenuta così come è la relativa legge, chi non vuol correre il pericolo di essere privato del proprio credito per causa di sottrazione del titolo, deve chiedere, anzichè la emissione d'un titolo al portatore, quella di un titolo nominativo (2).

66. La riserva della osservanza delle leggi speciali fatta dall'ultimo capoverso dell'art. 56 anche per quanto riguarda i biglietti di banca ed altri titoli equivalenti, sotto la qual denominazione si comprende pure ogni titolo del debito pubblico diverso dalle cartelle del gran libro, e si comprendono specialmente i biglietti di Stato (3), elimina la quistione dianzi agitata, se nel caso di distruzione di biglietti di banca colui che provi di esserne stato possessore abbia diritto di ottenerne duplicati o titoli equivalenti; e la elimina nel senso che si debbano in ciascun caso applicare le

(1) Cassaz. Palermo 12 settembre 1871, Direttore Gen. del Debito Pubblico c. Spina.

Possono vedersi anche lo studio in questa materia del chiaro Consigliere di Stato SAREDO, a proposito di detta sentenza e di altra della Corte di Cassazione allora sedente a Milano del 30 dicembre 1863, che richiamerò più avanti (pag. 624), nella Legge, XII, pag. 121; non che lo studio nella stessa materia del VIDARI, nel Giornale delle Leggi, 1872, pag. 201.

(2) Corso di dir. comm., n. 1755.

(3) Su questi articoli, I, n. 53.

speciali disposizioni da cui la materia sia governata o dalla legge o dagli statuti della Banca emittente: e dico anche dagli statuti della Banca emittente, sebbene il detto capoverso ultimo dell'art. 56 non parli che delle leggi speciali, perchè quando queste facessero difetto, vi si dovrebbe supplire coi detti statuti, i quali sono pure la legge che le parti hanno accettata in senso dell'art. 1123 del Codice Civile, il quale stabilisce avere i contratti forza di legge per coloro che li hanno formati, poichè si fa luogo ad una specie di contratto fra l'istituto che emette biglietti di banca, sotto le norme e le condizioni portate dal proprio statuto, e colui che li riceve.

Quanto a disposizioni di leggi speciali, abbiamo, ma ancora per poco, cioè sinchè durerà il corso forzoso, la disposizione dell'art. 10 del Regolamento approvato col R. Decreto 28 febbraio 1875, n. 2357 (serie 2ª) sulla circolazione cartacea durante il detto corso forzoso, il quale articolo porta che il Consorzio degli Istituti di emissione deve provvedere al baratto dei biglietti consorziali deperiti dall'uso con altri in buono stato; ed avremo, quando andrà ad effetto l'abolizione del corso forzoso, le disposizioni riguardanti i biglietti a debito dello Stato, che si contengono negli art. 58 e seg. del Regolamento 16 giugno 1881, n. 253 (serie 3ª) in relazione alla Legge 7 aprile 1881, n. 133 (serie 3ª) per l'abolizione del corso forzoso, i quali stabiliscono: che quando i detti biglietti di Stato siano divenuti logori o sudici in guisa da non essere più atti alla circolazione, saranno cambiati con altri biglietti dalla tesoreria centrale del regno e da tutte le tesorerie provinciali sopra domanda di chi li presenta, accompagnata da apposita fattura firmata, indicante la quantità di biglietti per ogni taglio e il montare del loro valore; che se non sorgano dubbi sulla legittimità dei biglietti presentati per il cambio, il tesoriere, col visto del controllore sulla fattura, li ritira e ne paga il montare al presentatore; che i possessori possono pure richiedere il cambio dei biglietti parzialmente danneggiati, i quali conservino caratteri sufficienti per escludere qualunque possibilità di duplicazione, e che ne vengono rilasciati altri in sostituzione, dopo che sull'esame

della Commissione tecnica presso la Direzione Generale del Tesoro i biglietti stessi siano giudicati ammessibili al cambio.

La legge che ora si sta elaborando sugli istituti di emissione, avrà probabilmente disposizioni analoghe sulla materia; ed intanto da quelle suaccennate si desume che anche per i biglietti di banca ed altri titoli corrispondenti, come per i titoli del debito pubblico, non è ammessa domanda di duplicato o di altro titolo equivalente nel caso di distruzione, il quale non solo non è contemplato nelle disposizioni suaccennate, ma è escluso dal loro spirito, che è quello di ammettere soltanto il cambio dei titoli che si presentano, ed a condizione della loro presentazione.

Per tal modo le divergenze che si manifestavano nella dottrina sul detto punto, dello ammettersi cioè, ovvero no, il possessore dei biglietti di banca ed altri titoli equivalenti, che ne abbia sofferta la distruzione, a domandarne duplicati o titoli pure equivalenti (1), vennero risolte dal legislatore nostro nel senso negativo.

I motivi principali a cui si appoggia tale risoluzione sono, che le Banche e per loro natura e per i loro statuti non sono obbligate a convertire i propri biglietti in altri biglietti ed in moneta, se non dietro la effettiva loro presentazione, e che i biglietti di banca vanno soggetti assai facilmente a falsificazioni, e potrebbero correre gravissimi rischi qualora in caso di distruzione dovessero emettere nuovi biglietti, senza potersi accertare che quelli che si dicono distrutti fossero veri e buoni, anzichè falsi. A questi motivi può pure aggiungersi la considerazione per cui la Gorte di Cassazione Francese annullò una sentenza di Corte d'Appello, la quale attesa la distruzione di biglietti di banca avvenuta per naufragio del bastimento che portava la lettera raccomandata in cui erano con-

(1) Per la soluzione affermativa stavano il Galluppi, Dei titoli al portatore, n. 297; il Majerini, Dei titoli al portatore ecc., v; il Tartufari, Il possesso qual titolo di diritto, n. 41; il Follevills, Tr. de la possess. des meubles et de titres au porteur, n. 176 e seg.; e per la soluzione negativa il Vidari, Corso di dir. comm., n. 1756.

tenuti, aveva dichiarata la Banca emittente debitrice della relativa somma, con facoltà di conservarla presso di sè a titolo di garanzia e con obbligo di corrispondere su di essa gl'interessi al consueto suo tasso, la considerazione cioè che i biglietti di banca per loro natura non impegnano rapporti diretti e personali fra la Banca che li ha emessi e coloro che li possedono, e che le obbligazioni di quella, come i diritti di questi, emanano dal titolo soltanto ed a questo esclusivamente si riferiscono; onde non possa farsi eccezione alla regola, secondo la quale la Banca non è obbligata a pagarne l'importo che sulla presentazione, ed in cambio della loro effettiva consegna (1).

Come si vede, nel particolare dei biglietti di banca e degli altri titoli equivalenti, si applica la dottrina che il credito si sostanzia nel titolo, contrariamente a quello che dei titoli al portatore in generale deve ritenersi, ed ho richiamato superiormente, che cioè a formarli concorra il doppio elemento, cioè del titolo materiale, e della obbligazione contratta da colui che lo ha creato, verso la persona che se ne trova al possesso (2); ma la dottrina medesima però non prevale senza gravi ed autorevoli contrasti (3).

67. Lo smarrimento ed il furto dei titoli al portatore davano luogo a dubbio intorno al diritto di rivendicazione che competesse a quegli che li avesse appunto smarriti o ne avesse patito il furto, e l'art. 57 lo ha risolto nel senso che per regola generale la rivendicazione medesima non è ammessa, il detentore del titolo al portatore essendo considerato come vero proprietario, e non come semplice possessore; e che la rivendicazione è ammessa soltanto per eccezione contro coloro che l'abbiano trovato o rubato, o ricevuto per qualunque titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso.

(1) Cassaz. Francese 8 luglio 1867, Banque d'Algerie c. Castièras.

(2) Su questi articoli, I, n. 41, e II, n. 54.

(3) V. le lunghe ed accurate note critiche alla citata sentenza della Corte di Cassazione Francese, di H. Tiercelin nel Dalloz, Réc. périod. 1867, 1, 289, e di Labbé nel Journal du Palais, 1867, 1, 856.

V. pure il Majerini, Dei titoli al portatore ecc., v., e scrittori ivi citati, non che il Galluppi, Dei titoli al portatore, n. 101 a 103, e scrittori ivi pur citati.

La Relazione Ministeriale al Senato, dopo di avere rammentato i motivi del dubitare, le discussioni nel campo della dottrina in base alla legislazione nostra ed a legislazioni straniere affini, ed i responsi della giurisprudenza (1), dà la ragione della detta disposizione, mette in evidenza la diversità tra la rivendicazione dei titoli al portatore, come è da essa disciplinata, e quella accordata dal Codice Civile negli art. 708 e 709, e giustamente conchiude osservando che per tal modo rispetto ai titoli al portatore sono esposti alla rivendicazione ed alla restituzione, soltanto coloro che cominciarono a possederli per mezzo di un reato o di un accidentale ritrovamento (che del resto fa pure cadere nel reato, sebbene minore del furto, che è sancito dall'art. 634 del Codice Penale, quando non sia susseguito dalla pronta consegna o dalle pubblicazioni e notificazioni volute), e che perciò hanno la coscienza di possederli senza alcun legittimo diritto, e quei terzi che in mala fede da essi a qualunque titolo li ricevettero: che negare anche entro questi limiti l'azione vindicatoria, sarebbe accordare una ingiusta protezione ed un pericoloso incoraggiamento all'immoralità ed al delitto; e che concedendo l'azione entro limiti così angusti, la sicurezza del credito e la libera circolazione non possono venirne perturbate, gli acquirenti ed i possessori onesti e di buona fede non avendo di che temere (2).

La Commissione di coordinamento volle giustamente mantenuto l'articolo, rigettando la proposta che era stata fatta, che cioè nel caso di smarrimento il titolo al portatore fosse assimilato alla cambiale (3).

Si può pur vedere nel VIDARI trattata largamente la materia dal punto di vista specialmente teorico (4); ed opportunamente egli rammenta che la dottrina da lui e da altri professata, e che

(1) Si può aggiungere alle sentenze ivi citate, quella della Corte di Cassazione, allora sedente a Milano, estensore PESCATORE, 30 dic. 1863, Onetti c. Gallo.

(2) Su questi articoli, I, n. 45.

(3) Su questi articoli, I, n. 54.

(4) Corso di dir. comm., n. 1775 e seg.

è quella seguìta nell'art. 57, ci era stata insegnata, nel particolare però delle merci, dai migliori antichi nostri maestri, citando il De Luca, il quale ha dato per ragione della stessa dottrina di non permettere la rivendicazione, quella di non turbare la libertà e la sicurezza dei commerci: « ob rationem non turbandae libertatis commercii » e perchè « magnum et impraticabile onus esset », se ciascuno dovesse giustificare la provenienza delle merci che vende o compera (1), ed il Casaregis (2), ed il Targa (3); onde fin dai loro tempi quei solenni maestri di diritto commerciale abbandonarono il vecchio principio del diritto romano, che consacrava la rivendicazione, e proclamarono il principio contrario della non rivendicabilità delle cose mobili, ora applicato ai titoli al portatore: del quale principio giustamente si disse in una recente assai reputata opera legislativa, che il pubblico buon senso v'inclina sempre più, soggiungendosi che esso esercita una visibile influenza sulla legislazione, onde si veggono di anno in anno aumentare le leggi che proclamano il principio novello, che è molto più favorevole al commercio (4).

Il principio stesso venne applicato al caso dell'abuso commesso da chi aveva ricevuto il titolo al portatore a comodato, essendosi deciso che il proprietario non poteva rivendicarlo dal terzo che l'aveva ricevuto in buona fede dal comodatario (5).

68. È beninteso che la disposizione generale dell'art. 57, per la quale la rivendicazione dei titoli al portatore è di regola negata, ed è ammessa soltanto nei casi eccezionali ivi indicati, si applica a qualsiasi possesso legittimo, e così tanto a quegli che li abbia comperati od avuti in permuta, quanto a quegli che li abbia avuti in pegno, o per altro simile motivo, appunto perchè

(1) De Regal., Disc. 129, n. 61, ed anche Disc. 115, n. 5, 6 e 7.

(2) Disc. 76, n. 4 e seg. e Disc. 123 e 124; Il cambista istruito, capitolo VI, n. 43 e seg.

(3) Ponderazioni marittime, cap. 54, § Al contrario se un....

(4) Munzinger, Motifs du Projet de Code de Comm. Suisse, pag. 221.

(5) Cassaz. Torino 6 febb. 1882, Borghini c. Klutzer.

disposizione generale, la quale comprende ogni caso di legittimo possesso (1).

Quanto al creditore pegnoratario il quale in buona fede abbia avuto in pegno titoli al portatore spettanti ad altri, in qualsiasi modo costui ne sia stato privato, potrà bensì essere tenuto a consegnarli al proprietario contro il pagamento del suo credito; ma non per diritto di rivendicazione che a costui competa, alla quale rivendicazione il creditore non può essere soggetto giusta l'anzidetta generale disposizione dell'art. 57, da cui sono eliminate le quistioni che si facevano precedentemente e sotto il regime delle disposizioni degli art. 707 e 708 del Codice Civile (2); e soltanto perchè il proprietario del titolo al portatore, privatone da colui che l'ha sottoposto a pegno, è creditore del titolo stesso verso questi, e come suo creditore può in forza dell'art. 1234 del Codice Civile esercitare il diritto che a questi spetta, di avere la restituzione della cosa data in pegno contro il pagamento del debito sovra di esso garantito.

Sotto il regime dell'art. 57 mi sembra questa la sola ragione legale, non più della rivendicazione, ma della ragione di ottenere la restituzione del titolo al portatore che appartenga a quegli che ne sia stato in qualunque modo privato, perchè esclusa appunto la rivendicazione, non può più ricercarsi, come altre volte facevasi, se il creditore pegnoratario possedesse per sè a titolo soltanto di pegno, e per il debitore a titolo di proprietà, onde dopo di essere stato soddisfatto del credito relativo al pegno, fosse tenuto a restituire il titolo al proprietario che lo rivendicasse; e perciò stesso non può più farsi luogo alla quistione dianzi variamente risolta in dottrina e decisa in giurisprudenza, se cioè al creditore pegnoratario competesse pure a termini del capoverso dell'art. 1888 del Codice Civile, il diritto, prima di rilasciare il pegno, di essere soddisfatto anche di altro credito che gli competesse verso lo stesso debitore per obbligo da questi contratto posteriormente alla tradizione del pegno,

(1) Su questi articoli, I, n. 50.

(2) V. la dotta monografia del dottor Giorgio Levi nell'Archivio giuridico, vol. 11, pag. 456 e seg. e 12, pag. 65 e seg.

e venuto a scadenza innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito; ma un tale diritto deve essergli senz'altro riconosciuto.

Si diceva allora per la tesi opposta, che il diritto accordato dal capoverso dell'art. 1888 del Codice Civile era, anzichè la estensione del pegno ad altri crediti, col privilegio di essere pagato su di esso a preferenza di ogni altro, un gius di ritenzione, il quale fosse soltanto una difesa del creditore contro il debitore che, pagato il primo debito, pretenda la restituzione del pegno, la qual difesa potesse sperimentarsi soltanto contro il debitore, e non contro il terzo che venisse a rivendicare la cosa sua (1): ora invece che, esclusa assolutamente la rivendicazione contro il creditore pegnoratario di buona fede, il proprietario del titolo al portatore non può agire che *utendo juribus* del debitore pignorante, non può sfuggire ad alcuno degli obblighi correlativi di questi, e quindi deve subire le conseguenze anche del detto diritto di ritenzione del creditore pegnoratario.

69. Nella Relazione Ministeriale presentata al Senato del Regno, è pur trattata ed autorevolmente risoluta la quistione, se l'azion di rivendicazione dei titoli al portatore, accordata come sopra nel caso di furto contro il colpevole di tale reato e contro coloro che li abbiano ricevuti conoscendo il vizio della causa del possesso, possa pure esercitarsi nel caso di truffa o di abuso di confidenza; e la quistione stessa fu risoluta a giusta ragione in senso negativo, non senza però accennare all'altro diritto, che nei casi congrui può com-

(1) Può vedersi fra le altre in tale senso la sentenza 31 marzo 1882 della Corte di Cassazione di Firenze in causa Marcati c. Banca popolare di Vicenza, e la dotta nota a piedi di essa del consigliere Banti, suo estensore, nella Legge, anno xxii, i, serie iii, pag. 727 e seg., con molte citazioni di scrittori e di giurisprudenza. E sulla massima generale di non essere il creditore pegnoratario obbligato di cedere la cosa al proprietario, se non contro il pagamento del suo credito, vi sono pure molte sentenze, fra le quali quella della Corte di Cassazione di Torino 21 aprile 1874, Ruttinger c. Massa, della Corte di Cassazione di Napoli 23 settembre 1874, Banca nazionale c. Fiano, della Corte d'Appello di Bologna 22 maggio 1874, Renoli, Buggio e C. c. Banzi e Hercolani, e della Corte d'Appello di Napoli 20 luglio 1874, Banco di Napoli c. Formisano.

petere al proprietario spogliato per truffa od appropriazione indebita dei titoli al portatore, di ottenere cioè dal giudice penale la loro restituzione come corpi di reato, a termini delle relative disposizioni dei Codici penali (1).

La risoluzione stessa della quistione quanto all'abuso di confidenza, è pure giustificata dalla considerazione che il proprietario del titolo che ha formato oggetto dell'appropriazione indebita, ha a rimproverarsi di aver fatto la cattiva scelta di un mandatario infedele, ed anche in questo caso si applica la massima che colui che vi si affida, in qualche modo « culpae reus est, quia opera malorum hominum utitur » (2), giusta anche l'insegnamento del VOET: « Cum itaque sit quod facilitati suae dominus imputare debeat, quod tam maligno, cujus fidem nondum habebat exploratam, rerum suarum usum, curam, custodiam aut detentionem commiserit, nec ignarus esse debuerit conditionis ejus quocum contrahebat » (3). Alle autorità superiormente citate, possono aggiungersi nella dottrina fra gli altri il MASSÉ (4), il TROPLONG (5), il MARCADÉ (6), il LAURENT (7), il DE FOLLEVILLE (8), il PACIFICI-MAZZONI (9), ed il GROSSI (10); ed invece stanno per la contraria tesi il VIDARI (11), il TARTUFARI (12), ed il BORSARI (13): essendo da avvertire quanto al VIDARI che se

(1) Su questi articoli, I, n. 46.

(2) Institution, tit. V, § 3, in fine; e L. 5, § 5 in fine Dig. De obligationib. et actionib.

(3) Ad rei vindicat., n. 12.

(4) N. 2814 bis.

(5) De la prescription, n. 1070.

(6) Sull'art. 2279, n. 5.

(7) Principes de droit civ. franc., tom. XXXII, n. 594.

(8) Possession des meubles, n. 116.

(9) Istituzioni, Libro II, n. 366.

(10) Schiarimento storico-interpretativo degli art. 707, ecc. del Codice Civile Italiano, XII. Nell'Archivio giuridico, vol. XIII, pag. 286.

(11) Corso di dir. comm., n. 1780 in fine. — V. però la sua più recente opera: Il nuovo Codice di Comm. illustrato, ecc., dove sull'art. 57 richiama la intenzione del legislatore nel senso suindicato.

(12) Il possesso qual titolo di diritti, n. 146 e seg.

(13) Sull'art. 708 del Codice Civile.

allorquando scriveva (1879) credette che in tal senso fosse la mente del legislatore interpretando il linguaggio non chiaro adoperato nelle disposizioni degli art. 707, 708 e 709 del Codice Civile, forse non persisterà in tale opinione dopo le surriportate esplicite dichiarazioni del Ministro autore del Progetto di questo Codice, relativamente alle novelle disposizioni del Codice medesimo.

La giurisprudenza più autorevole, anche per efficacia di motivazione, conferma la tesi anzidetta.

Parlando il legislatore di cose *derubate* (considerava una sentenza di Corte d'Appello, la quale giudicava in applicazione dell'art. 708 del Codice Civile, e nell'art. 57 si parla parimenti di titoli al portatore *rubati*), non si potrebbe senza impropriare i termini, allargare il senso di quella locuzione fino a comprendervi le appropriazioni commesse per abuso di fiducia, che costituiscono bensì dei reati, ma non il furto propriamente detto. D'altronde la ragione della legge resiste non meno del suo dettato ad una interpretazione estensiva, poichè il motivo della eccezione fatta in favore del proprietario che abbia smarrita la cosa o ne sia stato derubato è questo, che tanto nell'uno quanto nell'altro caso egli viene spossessato della cosa per un fatto assolutamente indipendente dalla sua volontà, e contro il quale gli era impossibile premunirsi, motivo che non sussiste più ogniqualvolta egli abbia indirettamente od anche remotamente contribuito alla distrazione della cosa propria, affidandone o lasciandone ad altri la detenzione. In quest'ultima ipotesi la legge doveva tutelare, come effettivamente tutela, la pubblica moralità e l'ordine sociale coll'azione penale; ma quanto agli interessi civili, non poteva postergare la buona fede dei terzi e la fiducia del commercio, per venire in aiuto della imprevidenza e della negligenza del proprietario, al quale d'altronde rimaneva salva l'azione d'indennità verso il frodatore del suo diritto. — E poichè in quella specie si trattava di abuso di confidenza commesso da un condomino, nella sentenza si considerò ancora: che non giovava obbiettare che contro il condomino, il quale abbia sottratto la cosa comune, compete l'*actio furtiva: potest enim communis rei furtum facere*, come lo insegna la L. 45, Dig. *De*

furtis, ma in un solo caso, quando cioè l'un condomino si trovi possessore della cosa comune, e l'altro gliela sottragga clandestinamente allo scopo di spogliarlo della sua quota, essendo inconcepibile l'idea di furto senza la vera e propria *contrectatio* (1).

E la Corte Suprema, alla quale venne senza frutto denunciata la riferita sentenza, accusandola di violazione di legge, fra l'altro, per aver ritenuto che la eccezione del''art. 708 del Codice Civile (e lo stesso si sarebbe detto dell'art. 57) non ricorresse nel caso di furto improprio, ritenne che tale censura dovesse giudicarsi infondata come quella che contraddice alle tradizioni storiche della presunzione, alla dizione della legge ed alla vera essenza del furto, specialmente qual'è dalle moderne legislazioni intesa. In effetti, secondo il diritto germanico ed il diritto consuetudinario francese, d'onde i moderni Codici la dedussero, la massima il *possesso val titolo* applicavasi solo in favore del terzo possessore, il quale avesse acquistata la cosa in buona fede da colui, cui il proprietario ne aveva volontariamente concessa la detenzione. Ora questa volontaria consegna manca soltanto nel furto proprio, il quale ad un tempo offende i diritti della proprietà e del possesso, mentre in quella sterminata e varia famiglia dei furti improprii si suppone aver sempre il padrone consentito, od almeno non avere totalmente disapprovato, il passaggio della cosa sua nelle altrui mani. I furti improprii, continua la sentenza della Corte Suprema, violano la proprietà, non mai il possesso, e quindi sin da principio non poterono aversi come un ostacolo al nascimento ed all'applicabilità della presunzione in favore del terzo possessore (2).

Il che è anche conforme agl'insegnamenti degli antichi maestri:

(1) App. Bologna 22 maggio 1874, Renoli, Buggio e C. c. Banzi, Hercolani, Buratti, ed altri.

(2) Cassaz. Roma 14 febbraio 1878, stesse parti suindicate.

Nello stesso senso: Cassaz. Torino 15 settembre 1875, Comune di Perugia c. Angelini; Appello Torino 21 aprile 1874. Ruttinger-Massa c. Fino, e nota 2 del COEN nella Giurisprudenza italiana, XXVI, 1, 2, 714; Cassazione Francese, 23 dicembre 1863, vedova Lingrand c. vedova Lecherff, e 17 agosto 1859, Noël c. Thiriez, ecc. ecc.

il Casaregis trattando « de re aut merce (e già ho notato come sia analoga la materia dei titoli al portatore) cum fraude ac dolo a vero domino oblata, vel de furtis impropriis, quae plerumque locum habent in rebus vel mercibus alterius fidei vel administrationi aut curae commissis..... de quibus rebus seu mercibus..... mandatarius vel hujusmodi praeter veri domini intentionem, vel contra illius ordinem, vel mandatum alienaverit, vel quemodolibet disposuerit; in istis enim impropriis furtis, vel rebus dolose ac fraudolenter extortis », ha scritto che « favore libertatis publici commercii praemittere pro indubitabili regula oportet, talium rerum aut mercium dominum rei vindicationis actione illarum restitutione minime praetendere posse, nisi prius per eum persolvatur pretium, vel pecunia mutuata, vel quidquid alium datum aut creditum restituatur illi, cui respective venditae vel hypothecatae, vel in solutum datae vel permutatae merces fuerunt, dummodo hic de tempore venditionis vel in solutum dationis, vel hypothecae aut hujusmodi, nulla habuit scientiam, rem aut mercem in eum perventam ad alios proprietatis ac dominii titolo spectare (1) ».

Questa dottrina è quella che ora ancora deve accettarsi, salva la parte in cui si consentiva anche nella vendita la rivendicazione mediante restituzione del prezzo.

Nel particolare della truffa, cioè sulla quistione se l'azione di rivendicazione dei titoli al portatore accordata nel caso di furto contro colui che li ha rubati e contro coloro che li hanno ricevuti conoscendo il relativo vizio del costui possesso, debba ritenersi accordata pure nel caso di truffa, dissente taluno degli scrittori, che pur la nega nel caso dell'abuso di confidenza (2), e non mancano sentenze in tal senso (3).

Il motivo sarebbe l'assimilazione della truffa al furto, il difetto

(1) Disc. 124, n. 1 e 2.

(2) Troplong, De la prescription, n. 1069.

(3) App. Bordeaux 3 gennaio 1859, Marinier c. Duprat; App. Parigi 13 gennaio 1834 ed altre.

di consenso da parte di quegli che è vittima della truffa, ed il non poterglisi fare alcun rimprovero; ma un consenso, sebbene viziato dall'inganno, si presta pure da parte della vittima della truffa; e quando egli siasi lasciato sorprendere ed ingannare, è più giusto che le conseguenze dannose vadano a di lui danno che a danno dei terzi di buona fede: ed inoltre ammesso il principio che la disposizione della legge che parla di cose o titoli *rubati* deve essere interpretata ristrettivamente, non vi è ragione di applicarla alla truffa più che all'abuso di confidenza (1).

Anche la Corte di Cassazione di Torino ha giudicato che il furto non può essere confuso colla truffa, ritenuto che in fatto di truffa la persona a pregiudizio della quale ha luogo, ha seguìto la fede della persona che l'ha ingannata, e che ciò non accade della cosa rubata, rispetto alla quale non vi ha consegna volontaria, essendo stata presa con via di fatto (2).

70. Nel caso della rivendicazione dei titoli al portatore smarriti, che si eserciti contro chi li ha trovati, o chi li ha ricevuti a qualunque titolo, conoscendo tale causa viziosa del possesso, il rivendicante è tenuto a corrispondere il premio di cui nell'art. 718 del Codice Civile?

A termini degli art. 715 e 716 dello stesso Codice, chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro, deve restituirlo al precedente possessore; e se non lo conosce, deve senza ritardo consegnarlo al sindaco del luogo dove lo ha trovato: questi rende nota la consegna anzidetta per mezzo di pubblicazione nelle forme consuete, da rinnovarsi in due domeniche successive; ed il detto art. 718 dichiara tenuto il proprietario a pagare a titolo di premio al ritrovatore, se questi lo richiede, il decimo della somma o del prezzo comune della cosa ritrovata, soggiungendo che ove la somma od il prezzo ecceda le duemila lire, il premio pel soprappiù sarà solamente del vigesimo.

(1) LAURENT, Principes de dr. civ. franç., n. 595; DALLOZ, Rép. V. Prescription civile, n. 287; Cassaz. Franc. 20 maggio 1835, Bailleul c. Vespieren; App. Parigi 9 gennaio 1862, Dubut c. Coen.

(2) Cassaz. Torino 26 gennaio 1852, Vuillermin c. Petit-Jacques.

La ragione di questo premio è quella di porgere con tal mezzo una controspinta all'avidità del ritrovatore, allettandolo col premio alla restituzione, come dice una sentenza di Corte suprema (1), e di animare il ritrovatore stesso a manifestarsi, giusta quello che scrive un distinto annotatore del Codice Civile Austriaco, che nel § 391 ha disposizione simile (2), come l'aveva pure il Codice Civile Albertino nell'art. 690 che fu riprodotto nell'art. 718; e ciò per modo di deroga, che in vista della pubblica utilità di animare appunto il ritrovatore a manifestarsi, si credette di fare all'antico insegnamento di ULPIANO, il quale appena è se faceva grazia dell'accusa di furto a quegli che trovando la cosa d'altri, esigeva un premio per restituirla, e dichiarava il suo comportamento contrario alla probità: « Quid ergo (si domanda il Giureconsulto nella L. 43, Dig. De furtis, § 9) si inventionis praemia, quae dicunt, petat? ». E risponde: « Nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid ».

Allorquando la ragione anzidetta manchi, sembra non doversi applicare la disposizione di legge della quale si tratta, tanto più che l'art. 718 riferendosi al 715, suppone che il ritrovatore adempia all'obbligo che lo stesso art. 715 gl'impone, e l'una disposizione è correlativa all'altra, per modo che venendo meno la ipotesi dell'una, non possa giustamente applicarsi la disposizione dell'altra; e poichè la detta ragione dell'art. 718 mancherebbe appunto completamente, perchè l'obbligo dell'art. 715 non sarebbe stato adempiuto, nel caso in cui il proprietario del titolo al portatore, (che rientra certamente nella categoria delle cose mobili, le quali non costituiscono tesoro), abbia dovuto valersi dell'azione vindicatoria contro l'inventore del suo titolo o della cosa sua, o contro chi abbia causa da lui conoscendo codesto vizio del suo possesso, mi sembra doversi risolvere la proposta quistione in senso negativo, nel senso cioè che in tal caso il proprietario che rivendica non debba premio veruno.

(1) Cassaz. Torino 20 giugno 1882, Anelli c. Frumento.

(2) BASEVI, Annotazioni pratiche al Codice Civile Austriaco sul § 391.

Si aggiunge che può pure invocarsi in appoggio di tale soluzione l'argomento che sviluppo nel numero seguente, ricavato dalla disposizione dell'art. 1 di questo Codice.

71. Ad un altro dubbio dà luogo questa materia della rivendicazione dei titoli al portatore smarriti, ammessa contro colui che li ha trovati o contro il suo avente causa, il quale conosca siffatta origine del di lui possesso.

L'art. 717 del Codice Civile stabilisce che passati due anni dal giorno della seconda pubblicazione, di cui è cenno nel già rammentato art. 716, senza che si presenti il proprietario, la cosa, ovvero il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesta la vendita, appartiene a chi l'ha ritrovata: ora, potrà farsi luogo alla rivendicazione dei titoli al portatore in senso dell'art. 57 del Codice di Commercio, non ostante la disposizione anzidetta dell'articolo 717 del Codice Civile, quando l'azione vindicatoria sia proposta dopo il trascorso dei due anni dalla seconda pubblicazione?

Mi sembra doversi rispondere affermativamente.

Siamo in materia commerciale, e non possiamo applicare il diritto civile se non dove non dispongano le leggi speciali al commercio (art. 1 di questo Codice), ed avendosi nell'art. 57 una legge speciale appunto al commercio, la quale dispone per questo caso di rivendicazione dei titoli al portatore, senza apportarvi alcuna restrizione e limitazione, non possiamo attinger norme alla legge civile e ricavarvi quella restrizione appunto e quella limitazione che essa stabilisce.

Inoltre in fatto di titoli al portatore smarriti, non è guari applicabile il principale motivo cho si è dato alla disposizione dell'art. 717 del Codice Civile italiano, riproduzione dell'art. 688 dell'Albertino, che cioè vi ha presunzione dell'abbandono da parte del proprietario, quando dopo di essersi pubblicato il ritrovamento della cosa, sia trascorso il periodo di tempo stabilito senza che nessuno siasi presentato per reclamarla (1): l'interesse che può essere anche

(1) Motivi del Codice Civile Albertino, sugli art. 687 a 690, vol. II, pagina 17 dell'edizione Genovese.

assai cospicuo, e che non è nella generalità dei casi indifferente, del riavere i titoli al portatore smarriti, non permette guari di accogliere simile presunzione; a prescindere dalla considerazione, che altre spiegazioni possono darsi del difetto di reclamo, che non sia quella dell'abbandono, come quella per esempio del non essersi dal proprietario conosciute le pubblicazioni.

L'azione vindicatoria dei titoli al portatore smarriti sarà pertanto ammessa nei termini dell' art. 57, non ostante le pubblicazioni anzidette, ed il trascorso dei due anni dalle medesime.

72. Un'altra quistione ancora può farsi a tal riguardo: la prescrizione ordinaria dei dieci anni, stabilita in materia commerciale dell'art. 917 di questo Codice, basta a difendere il ritrovatore dei titoli al portatore dall'azione vindicatoria del proprietario?

Mi sembra doversi rispondere ancora negativamente.

Il diritto commerciale impronta al diritto civile il principio che per acquistare mediante prescrizione è necessario un possesso legittimo (art. 2106 del Codice Civile); e possesso legittimo certamente non è quello di chi trova un titolo al portatore di altrui spettanza e lo tiene per sè, perchè si tratta appunto di cosa di altri: nè nella materia commerciale della quale qui si tratta potrebbero legittimare il possesso medesimo gli adempimenti stabiliti dalle surripetute disposizioni del Codice Civile, per il già adotto motivo che desse rimangono estranee alla materia commerciale.

73. La materia dei sequestri dei titoli al portatore è affine a quella della loro rivendicazione, in quanto generalmente quelli servono di mezzo a questa, per impedirne la distrazione mentre si provvede appunto a rivendicarli; e precisamente perchè essi hanno con la rivendicazione i rapporti di mezzi al fine, non possono ammettersi sequestri di titoli al portatore se non contro chi li abbia trovati o rubati, o contro chi li abbia ricevuti a qualunque titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso, perchè quando non si ha diritto di ottenere il fine della rivendicazione, non si può avere nemmeno diritto di valersi dei mezzi che al fine medesimo servirebbero.

Perciò all'infuori dei detti casi, le autorità giudiziarie non dovranno consentire alcun sequestro di titoli al portatore.

Laddove ciò non ostante si riuscisse da taluno ad ottenerlo, il debitore non potrebbe a meno di tenerne conto, perchè l'art. 1244 del Codice Civile l'obbligherebbe a rispettarlo, disponendo che non è valido il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, non ostante sequestro od opposizione nei modi stabiliti dalla legge, ed è da avvertire che si dice *nei modi* e non già *nei casi* stabiliti dalla legge, a significare che il terzo sequestrato non può erigersi giudice del bene o male operato dall'autorità competente a rilasciare il sequestro, ma deve rispettare ciò che è ordinato nei modi di legge, lasciando agli interessati la cura ed il peso di far correggere l'errore che fosse accaduto, coll'autorizzare sequestro in caso nel quale per legge non fosse permesso.

Per quello che riguarda in ispecie le cartelle del debito pubblico al portatore, l'art. 35 della relativa Legge del 10 luglio 1861, non ammette sequestro nè impedimento quale che sia.

È però beninteso che tutto ciò procede rispettivamente per i titoli al portatore in genere, e per quelli in ispécie del debito pubblico, quanto solamente ai sequestri ed agl'impedimenti di pagamento a cui i titoli al portatore si vogliano sottoporre a mani dell'emittente; ma non già per quegli atti con cui essi si colpiscano quali cose mobili nel titolo in sè medesimo e presso terzi: sotto questo punto di vista l'esercizio di quelli che possono essere i diritti del creditore o di ogni altro interessato non sono punto menomati, e ciò perchè sono regole generali, che il proprietario della cosa ha diritto di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore, salve le eccezioni stabilite dalla legge (art. 439 del Codice Civile) e che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori (1949 stesso Codice), e perchè le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in essi espressi (art. 4 delle Disposizioni sulle leggi in generale); ed è tanto vero che anche i titoli al portatore del debito pubblico che si trovano a mani terze sono suscettivi di sequestro, che ciò è espressamente

consentito dal Regolamento 8 ottobre 1870, n. 5943, per la esecuzione della Legge 17 marzo 1863, n. 1975, sulla istituzione della Cassa dei depositi e prestiti e di quella 11 agosto 1870, n. 5784, allegato D, sul concentramento delle attribuzioni delle diverse Casse nella Cassa generale presso la Direzione del Debito Pubblico. Difatti è stabilito nell'art. 134 che « i sequestri, i pignoramenti ed altri impedimenti debbono essere ordinati dall'autorità competente, e venire intimati a forma di legge all'amministratore della Cassa »; nell'art. 135 che « l'amministrazione cui fu intimato il sequestro, il pignoramento od altro impedimento, sospende ogni operazione, sia di pagamento che di restituzione », e nell'art. 137 che « l'amministratore della Cassa ricevuti gli atti di sequestro o di opposizione che gli sono intimati per mezzo di altro ufficio, quando possa esserne ancora in tempo, conferma la sospensione della consegna degli *effetti pubblici ed altri titoli...* » (1).

74. Tutto ciò che è stabilito dalla legge relativamente ai titoli al portatore e che fu detto precedentemente, si applica non soltanto a quella parte di essi che riguarda la parte capitale, ma anche all'altra che riguarda le cedole degl'interessi o dei dividendi che divengono esigibili in certi periodi di tempo, se anche esse siano distaccate, poichè impresso una volta alla carta nella sua forma intiera il carattere di titolo al portatore, questo carattere non può dirsi cessato a riguardo delle cedole pel materiale loro distacco dal rimanente della carta, il quale distacco è benanche necessario all'epoca della loro riscossione (2).

Alle cedole distaccate si applica anche la doppia regola che il debitore non è obbligato a pagare che contro la consegna del titolo, e che è obbligato a pagare ed è liberato allorquando paga al portatore chiunque esso sia; onde non è necessaria la esibizione insieme alle cedole anche dei titoli a cui stanno annesse: facilmente s'intende, come si legge nella succitata sentenza della Cassazione Fiorentina, come avuto riguardo alla natura eminen-

(1) Galluppi, Dei titoli al portatore, n. 200.

(2) Cassaz. Firenze 10 dicembre 1877, Strade ferr. Romane c. D'Alberti.

temente negoziabile di siffatte *obbligazioni* (allora si trattava di obbligazioni della Società delle Ferrovie Romane, ma l'argomento vale per qualsiasi specie di titoli al portatore con cedole annesse), molti dei loro possessori possono trovarsi in grado di esibire le cedole degl'interessi scaduti, ma non le obbligazioni, per averle date ad altri in deposito, in pegno, in garanzia: e sarebbe un distruggere in molti casi i benefici effetti delle *obbligazioni* al portatore e un inceppare la loro libera circolazione, se al possessore fosse vietato di esigere alla scadenza gli interessi colla presentazione delle cedole, senza presentare anco le obbligazioni medesime.

Convien però ritenere, come è pure portato da detta sentenza, che il portatore delle cedole potrebbe essere obbligato alla presentazione dei titoli a cui andavano unite, per i necessari raffronti e le occorrenti verificazioni, quando l'emittente avesse giusta ragione di sospettare della falsità delle cedole, e che lo stesso emittente potrebbe essere in tal caso autorizzato a sospenderne il pagamento: questo è voluto dai principii del diritto comune ed anche per argomento di analogia dell'art. 181 del Regolamento 6 ottobre 1870, per l'esecuzione della Legge 10 luglio 1861 sul Debito Pubblico; e soltanto non si deve permettere che l'emittente possa con vaga e generica allegazione di possibili falsificazioni ricusarsi di pagare le cedole senza la contemporanea presentazione dei titoli da cui sono staccate.

75. Gli art. 56 e 57 governano la materia dei duplicati dei titoli al portatore nelle varie contingenze che possono verificarsi rispetto ad essi, e cioè quando siano logori o guasti, quando siano distrutti, quando siano smarriti e quando siano rubati, accordando il diritto ai duplicati stessi nei primi casi al possessore con determinate condizioni e modalità, e niegandolo nei due ultimi; ma nè questi nè altri articoli del Codice si occupano dei titoli nominativi nelle stesse contingenze.

La ragione ne fu data da un lodato scrittore, che ha meritamente fatto parte di tutte le Commissioni che prepararono questo Codice di Commercio, dicendo che mentre intorno ai titoli al portatore vi sono dispareri gravi nella dottrina, per quelli nominativi

bastano le norme del diritto comune, e che d'altronde non si sarebbe potuto imporre l'obbligo di rilasciar sempre un duplicato di titoli nominativi, senza costringere il prenditore del duplicato a dare cauzione o senza stabilire altre cautele: onde siasi pensato che meglio avrebbe provveduto alla tutela di tutti gl'interessi il prudente arbitrio del magistrato, lasciando al medesimo di giudicare, secondo i casi, se si debba o no prescrivere il rilascio di un duplicato, e con quali cautele (1).

Però giova avvertire che non sempre sarà il caso di applicare il prudente arbitrio del magistrato; come giova pure rammentare qualche norma alla sua applicazione.

Non sarà il caso di esercitare il prudente arbitrio del magistrato ogni volta che abbiano provveduto alla bisogna, o leggi speciali su determinati titoli nominativi, o la convenzione delle parti.

È provveduto a ciò per legge speciale, ed a modo di esempio, quanto alla perdita dei certificati d'iscrizioni nominative delle rendite sul debito pubblico, nell'art. 31 della Legge 10 luglio 1861, e negli art. 135 e seguenti del R. Decreto 8 ottobre 1870 che approva il Regolamento ora in vigore per la sua esecuzione.

È ivi stabilito che il titolare od il suo avente causa deve presentare relativa domanda, provando con documenti autentici il diritto che gli compete sul certificato di rendita di cui dichiara la perdita; che la domanda deve essere pubblicata per tre volte nel giornale ufficiale del Regno e nelle Borse di Commercio; che la pubblicazione è accompagnata da dichiarazione che trascorsi sei mesi dalla prima delle tre pubblicazioni, senza che siano intervenute opposizioni o sianvi altri impedimenti, si fa luogo a nuova iscrizione e alla spedizione di nuovo certificato; che verificandosi opposizione, si sospende ogni operazione sino a che sia intervenuto accordo fra gli interessati, o sia pronunciata decisione di giudice, passata in giudicato, e che non avvenendo opposizione, l'Amministrazione forma nuova iscrizione e ne spedisce il corrispondente certificato, previo annullamento dell'iscrizione precedente.

(1) VIDARI, Il nuovo Cod. di Comm. illustrato, ecc., sull'art. 57. n. 4.

A modo di altro esempio, è pur provveduto per legge speciale quanto alla perdita ed alla distruzione delle cartelle fondiarie nominative. Gli art. 30 e seguenti del Regolamento approvato con R. Decreto 25 agosto 1866, n. 3177, in relazione all'art. 26 della Legge 14 giugno 1866, n. 2988, sul Credito fondiario, accordano la surrogazione di altre equivalenti cartelle a quelle smarrite o distrutte mediante formalità che consistono nella relativa dichiarazione da farsi all'istituto, nella pubblicazione della domanda di surrogazione per tre volte in distinte settimane nella Gazzetta Ufficiale del Regno ed in uno dei giornali più diffusi del compartimento dell'istituto, con dichiarazione che trascorsi sei mesi dalla data della prima pubblicazione, senza opposizioni, si emetterà una nuova cartella di surrogazione: dopo del che, in difetto di opposizione, si fa luogo alla emissione della stessa nuova cartella, con annullamento della prima; ed in caso che si verifichi l'opposizione, non si fa l'emissione che dietro sentenza di giudice competente in contraddittorio del titolare e del possessore della cartella, o dietro l'accordo di costoro. È anche dichiarato che operato il rilascio della nuova cartella di surrogazione, e rimasta annullata la precedente, non sono più ammesse opposizioni, e gli atti o le sentenze che potessero intervenire od essere già intervenute in proposito, non hanno più alcun effetto in faccia all'istituto (art. 36).

Per convenzione delle parti è provveduto alla materia, a modo di altro esempio, nello Statuto della Banca Nazionale Toscana, approvato col R. Decreto 14 gennaio 1875, n. DCCCXCII, art. 16 a 18, coi quali è stabilito: che lo smarrimento del certificato delle azioni priva l'azionista del diritto di disporne efficacemente; che per riacquistarlo egli deve procurarsene un altro in sostituzione, e che la emissione di questo certificato deve farsi precedere da due sentenze da proferirsi dal Tribunale con citazione del direttore: colla prima delle quali vengono ordinate le pubblicazioni caso per caso riconosciute convenienti ed assegnato un termine, con la dichiarazione che non sopravvenendo reclami, resteranno di nessun valore i certificati smarriti, e colla seconda, verificata la regolarità delle fatte pubblicazioni, si ordina il rilascio del certificato.

È manifesto che nei casi citati a modo di esempi, ed in casi consimili, trovandosi provveduto dalla legge o dalla convenzione, dovrà farsi luogo alla loro applicazione.

Quanto all'esercizio del prudente arbitrio del magistrato, mi sembra innanzi tutto che in massima non possa diniegarsi al titolare od al suo avente causa la facoltà di ottenere duplicati dei titoli nominativi quando si verificano i casi suaccennati, a condizione che non ne venga danno all'emittente, perchè è regola di giustizia che « quod mihi prodest et tibi non nocet semper faciendum est ».

Mi sembra pure in secondo luogo che l'arbitrio prudente del magistrato deve prender norma dalle disposizioni che regolano i casi simili o la materia analoga nell'art. 56 relativo ai titoli al portatore, e nelle leggi ed anche negli statuti che rispetto ad alcuni speciali istituti hanno dettate regole, accordando e disciplinando la emissione di duplicati per i titoli nominativi, come dagli esempi che a tale scopo ho superiormente riportato.

E credo pure doversi tenere ben presente che dove la legge non ha date disposizioni esplicite nel senso di annullare i titoli nominativi che si dicono distrutti o smarriti, vi sia ognora pericolo per l'emittente, perchè nessuna sentenza di giudice, la quale sarà sempre *res inter alios* per colui che potesse in progresso di tempo presentarsi come legittimo possessore del titolo creduto distrutto o smarrito, potrà mettere al coperto lo stesso emittente dalla sua azione.

Or ciò premesso, non potrebbe certamente essere diniegato dall'emittente un duplicato o un titolo equivalente al titolare di un titolo nominativo che si trovasse reso logoro o guasto, ma fosse tuttora riconoscibile per contrassegni certi, e non potrebbe del pari negarsi al suo avente causa; e questo in applicazione in via di analogia della disposizione della prima parte dell'art. 56, e perchè il ritiro del titolo reso logoro e guasto, e tuttora riconoscibile, non che la effettiva sua distruzione, mettono l'emittente al sicuro da ogni danno.

Quando si trattasse di allegata distruzione, mi sembrerebbe pure giusto che l'autorità giudiziaria ordinasse la emissione del duplicato o del titolo equivalente, a favore parimenti del titolare o del suo

avente causa; ma mi sembrerebbe non doversi dispensare questi dal prestare cauzione, perchè non potrà per avventura darsi mai pruova tale dell'avvenuta distruzione, che la stabilisca in modo certissimo ed escluda la possibilità del contrario; e se merita riguardo la posizione del possessore del titolo, che ne abbia sofferta la distruzione, non si deve però esporre l'emittente al pericolo, anche remoto, di averne danno, col vedersi ricomparire il titolo stesso, supposto distrutto, a mani di altro possessore legittimo.

E quando si trattasse di smarrimento o furto, potrebbe accordarsi in massima al titolare od al suo avente causa il duplicato od il titolo equivalente, perchè relativamente ai titoli nominativi non si trova di fronte il principio della presunzione di proprietà nel possessore, e l'interesse di non turbare la libera e sicura trasmessibilità dei titoli al portatore: però non solo dovrà richiedersi al titolare od al suo avente causa un'appagante dimostrazione della relativa proprietà, e gli si dovranno prescrivere pubblicazioni che valgano a far conoscere agl'interessati la fatta domanda, affinchè possano presentare le opposizioni loro, prendendo norma delle prescrizioni superiormente accennate, ma inoltre non si dovrà mai prescindere dall'opportuna cauzione, imperciocchè, come ho già osservato, nessuna sentenza di magistrato potrà impedire che un terzo che ne sia per avventura legittimo possessore, faccia valere i suoi diritti verso l'emittente, e questi per conseguenza potrebbe trovarsi esposto ai maggiori pericoli, anche per frodi che la mala fede, talvolta tanto industre, potrebbe organizzare ai suoi danni.

Quanto al modo di procedere per appurare la realtà dei titoli nominativi resi logori o guasti, e quanto al caso di distruzione parziale, ed alla natura, misura e durata delle cautele, mi riferisco a quello che ho scritto superiormente riguardo ai titoli al portatore (n. 59, 60 e 62).

76. La Relazione Ministeriale al Senato del Regno surriportata (1) dà ragione e spiegazione dell'art. 58, col quale per quanto era possibile in un'opera legislativa, si sono eliminati con opportune

(1) Su questi articoli, I, n. 47.

disposizioni i dubbi a cui possono dar luogo le obbligazioni commerciali, nel conflitto fra le leggi e gli usi mercantili dei vari paesi nei quali le obbligazioni medesime si formano, passano, devono essere eseguite e danno luogo a difficoltà maggiori o minori, sotto le svariate forme che l'urto degl'interessi può far loro assumere.

Come dalla Relazione medesima risulta, nel sancire anche per le obbligazioni e gli atti commerciali i principii che valgano a regolare l'applicazione delle leggi dei vari luoghi, a somiglianza di ciò che venne stabilito per le obbligazioni e gli atti civili nelle Disposizioni sulle leggi in generale, si sono comprese nella disposizione anche gli usi mercantili, in armonia all'art. 1 che eleva gli usi medesimi a dignità di legge dove non dispongano le leggi speciali al commercio, ed a preferenza del diritto civile: si stabilì come regola generale l'applicabilità delle leggi e degli usi del luogo, a governare la forma ed i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano e per la esecuzione dei diritti medesimi, ed a governare pure gli effetti degli atti stessi; ed alla detta regola si volle pure, col richiamo dell'art. 9 delle dette Disposizioni sulle leggi in generale, apportare eccezione per il caso in cui si tratti di contraenti stranieri appartenenti ad una stessa nazionalità, presumendo che costoro abbiano voluto riferirsi alla loro legge nazionale, anzichè alle leggi ed agli usi locali, ma lasciando pur sempre libera ai medesimi la manifestazione di una volontà diversa.

Queste norme, le quali hanno illustrazione di esempi e delle discussioni seguite in seno alla Commissione del 1869, nella detta Relazione Ministeriale al Senato del Regno, serviranno di opportuna scorta a risolvere i dubbi e le difficoltà che nella pratica si presentassero; e nella loro lucida semplicità risparmieranno molte incertezze e molte controversie.

Così, e per prender l'esempio della cambiale, adotto nella lodata Relazione, e che è l'atto che più circola da luogo a luogo e da Stato a Stato, la sua forma ed i requisiti essenziali della sua validità dovranno essere governati dalla legge del luogo in

cui viene emessa: la forma ed i requisiti essenziali dell'accettazione e delle girate rispettivamente, dipenderanno dalla legge del luogo in cui l'accettazione e le girate medesime vengono fatte: i modi di presentazione e di pagamento dovranno essere governati dalla legge del luogo del pagamento medesimo: gli atti di protesto dovranno essere fatti per mezzo degli ufficiali e con le forme del luogo in cui seguiranno: la rivalsa dovrà essere regolata, rispetto al possessore della cambiale, dalla legge o dagli usi del luogo in cui la cambiale era pagabile, e rispetto al girante, che abbia riscattato la cambiale, dalla legge o dagli usi del luogo del suo domicilio, perchè i detti luoghi sono quelli rispettivamente nei quali l'atto della rivalsa si compie.

FINE DEL VOLUME PRIMO.